DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'assetto pluralistico delle giurisdizioni alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del diritto europeo

1. *Introduzione*

L'art. 111, ult. comma, Cost., che limita ai motivi inerenti alla giurisdizione il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti[1], è stato negli ultimi tempi oggetto di un vasto dibattito originato da una giurisprudenza evolutiva diretta a estendere i confini tradizionali di tale sindacato[2] e dai successivi

interventi della Corte Costituzionale[3] e della Corte di Giustizia dell'Unione europea[4] che hanno in qualche misura, e secondo i rispettivi ruoli e punti di vista, "frenato" tale tendenza.

Con il presente contributo si intende delineare i termini attuali della questione, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, ed evidenziare i profili che restano ancora "aperti" alla discussione e forieri di persistenti incertezze sull'assetto complessivo dei rapporti tra le giurisdizioni.

La trattazione seguirà il seguente ordine. In primo luogo, si analizzeranno i confini del sindacato della Corte di Cassazione *ex* art. 111, ult. comma, Cost., come definiti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 6/2018. Si sottolineeranno, in particolare, i margini di incertezza che risultano da tale pronuncia, con particolare riferimento alle ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (parr. 2-6). Successivamente, ci si soffermerà sulla

compatibilità del sistema attuale con il diritto dell'Unione europea, alla luce della recente sentenza *Randstad* (parr. 7-12). Infine, si proporranno delle considerazioni conclusive.

2. *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 111, comma 8, Cost.*

L'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. presenta rilievo centrale nel complessivo sistema giurisdizionale, in quanto definisce il punto di equilibrio tra le giurisdizioni supreme dell'ordinamento[5].

Nell'arco di circa un decennio, una parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione ha interpretato"estensivamente" i "motivi inerenti alla giurisdizione", ricomprendendo alcune ipotesi riconducibili tradizionalmente ai "limiti interni": stravolgimento (radicale) delle norme di riferimento[6] o violazione diritto dell'Unione che conduca al diniego dell'accesso alla tutela giurisdizionale[7], sentenze anomali o abnorme, omessa attuazione delle "forme di tutela" previste dall'ordinamento processuale[8].

Il giudice delle leggi, con la sentenza n. 6/2018, ha escluso che tali ipotesi rientrino nel sindacato della Cassazione rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti. In aderenza all'orientamento più tradizionale, la Corte Costituzionale ha statuito che il controllo *ex* art. 111. Comma 8, Cost., comprende esclusivamente le ipotesi riconducibili alla violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione, ossia quando il giudice amministrativo o contabile, con riferimento ad una determinata

controversia: 1) affermano o negano la propria giurisdizione, la quale invece spetta ad altro giudice (c.d. difetto relativo di giurisdizione); 2) affermano la propria giurisdizione in ambiti riservati all'autorità amministrativa o al legislatore; 3) negano erroneamente la giurisdizione propria e di ogni altro giudice, in quanto la materia non potrebbe formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale[9].

Da ciò discende che la Corte di Cassazione non possa sindacare la corretta applicazione del diritto sostanziale e processuale da parte del Consiglio di Stato, dovendosi limitare a verificare il rispetto delle norme che regolano il rapporto tra le giurisdizioni e la possibilità stessa di avere una decisione giurisdizionale (e non amministrativa o meglio forse politica) su una controversia[10]. In particolare, anche quando l'errore del giudice impedisca la "conoscibilità nel merito della domanda", il controllo in Cassazione dovrebbe escludersi, salvo che si tratti di una questione di giurisdizione nei termini sopra delineati[11], risultando altresì irrilevante la gravità del vizio contestato, in quanto tale criterio sarebbe eccessivamente indeterminato e quindi poco rispettoso del principio di certezza del diritto[12]. Poiché l'ambito del controllo della Cassazione non si determina sulla base di un criterio quantitativo (la gravità appunto), ma qualitativo (il tipo di vizio o di norma violata), anche la fonte violata (legge, norma costituzionale, diritto UE, trattati internazionali) dovrebbe risultare

irrilevante[13]. Su quest'ultimo punto ci si soffermerà più avanti analizzando la sentenza *Randstad*[14].

La sentenza n. 6 del 2018 si pone in continuità con la giurisprudenza, costituzionale diretta a salvaguardare l'assetto pluralistico delle giurisdizioni[15], organicamente separate pur se funzionalmente unitarie[16].

È l'interpretazione più coerente con la soluzione prevalsa in Assemblea costituente, che rifiutò l'ipotesi della giurisdizione unica, confermando l'assetto precedente in forza del quale si individuava il giudice amministrativo come il "giudice naturale" degli interessi legittimi[17], dinanzi al quale, come ora dispone il Codice del processo amministrativo, si concentra "*ogni forma di tutela*" degli stessi[18].

Nella prospettiva accolta dal giudice delle leggi, il sindacato della Cassazione *ex* art. 111, ult. comma, Cost. si incentra sulla garanzia del complessivo assetto dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato[19] (su cui, tuttavia, "l'ultima parola" spetta alla Corte Costituzionale[20]) e, all'interno del potere giudiziario, tra i diversi ordini giurisdizionali[21]. La Corte Costituzionale ha prediletto una lettura "*attenta alla dimensione istituzionale*" di tale strumento, secondo la sua logica originaria[22], rispetto a una visione incentrata "*sulla tutela dei singoli individui*"[23]. Ha rifiutato, in altri termini, la tesi per cui il ricorso in Cassazione costituisce non solo "*un rimedio per risolvere un conflitto, ma [anche] lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva*"[24].

Di qui la conseguenza che alla Corte di Cassazione non è riconosciuta la funzione nomofilattica sulle controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa[25] (e dunque anche sui diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva). Non è possibile un sindacato generalizzato sulle "forme di tutela" assicurate dal giudice amministrativo. Ciò è peraltro riconosciuto anche con riferimento alle controversie dinanzi al giudice ordinario, per le quali la Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, esclude di poter verificare il rispetto dei limiti interni stabiliti dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo[26].

L'approccio "restrittivo" accolto dal giudice delle leggi non esclude, tuttavia, che entro i limiti delle questioni "ammesse" dalla Corte Costituzionale sussistano margini non trascurabili entro cui la Corte di Cassazione può verificare la corretta applicazione del diritto sostanziale e processuale da parte del giudice amministrativo o contabile. Occorre procedere all'esame di tali spazi, che costituiscono in certa misura il risultato dell'essere la formulazione compromissoria dell'art. 111, comma 8, Cost.[27], alla luce del "diritto vivente", poiché da essi dipende l'ampiezza del controllo in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti e la possibilità che esso costituisca un mezzo per rimediare alle violazioni del diritto sostanziale e processuale.

3. *L'individuazione delle situazioni protette e della loro natura nell'ambito della verifica del difetto relativo ed assoluto di giurisdizione*

L'analisi dei motivi inerenti alla giurisdizione che, secondo la classificazione operata dalla Corte Costituzionale, sono ammessi all'esame della Cassazione evidenzia sotto vari aspetti la difficoltà di operare una

netta cesura tra questioni di giurisdizione e interpretazione del diritto sostanziale e processuale.

Ciò emerge in primo luogo con riferimento al difetto relativo di giurisdizione, in relazione al quale il sindacato della Cassazione è limitato al superamento dei confini tra i diversi ordini giurisdizionali. Con riferimento ai rapporti tra giudice ordinario e amministrativo, ciò comporta che alla Cassazione sia, in ultima analisi, devoluta l'individuazione della natura e dei rispettivi confini delle situazioni giuridiche che formano, ordinariamente, l'oggetto della giurisdizione ordinaria e amministrativa: i diritti soggettivi e gli interessi legittimi[28]. La distinzione tra tali figure, che inevitabilmente involge il modo di interpretare il potere amministrativo[29], è delineata dalla Corte di Cassazione, che così esercita un'influenza significativa sul nucleo centrale del diritto amministrativo. Il tentativo di limitare tale influenza mediante l'estensione dell'ambito della giurisdizione esclusiva e dunque la sostituzione del criterio della "materia" a quello della situazione giuridica soggettiva come fondamento del riparto, è stato, come noto, frenato dalla Corte Costituzionale[30]. La recente giurisprudenza in tema di responsabilità dell'Amministrazione per lesione dell'affidamento del privato[31] dimostra come la Cassazione possa incidere sul modo di interpretare il potere

amministrativo e la relazione tra quest'ultimo e i comportamenti[32]. In termini più generali, la distinzione tra diritto pubblico e privato è influenzata significativamente dagli orientamenti della Cassazione in sede di controllo sulla giurisdizione, risultando così artificiosa una rigida distinzione tra questioni di giurisdizione e interpretazione del diritto sostanziale e processuale[33].

Ma i profili rispetto ai quali emerge in maniera più netta la difficoltà di separare la"spettanza" del potere giurisdizionale e le modalità di esercizio dello stesso o, in altri termini, i limiti esterni ed interni alla giurisdizione, attengono al c.d. difetto assoluto di giurisdizione, che si realizza, secondo quanto affermato dal giudice costituzionale, nelle ipotesi di "invasione" della sfera riservata al legislatore o all'amministrazione o nell' "arretramento" della tutela fondato sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale.

Per dirla con Nigro, i "lineamenti concettuali" o teorici di tale figura appaiono abbastanza chiari[34]. Il giudice amministrativo non può pronunciarsi su vicende che sono rimesse o riservate all'autorità (e alla responsabilità) dell'Amministrazione; né tantomeno su decisioni o atti politici; né può "creare" norme giuridiche, prendendo il posto del legislatore. In questi casi il giudice non si pronuncia bene o male, ma esercita un potere che non gli spetta, dunque viola quelle norme che definiscono i limiti della giurisdizione rispettivamente nei confronti dell'amministrazione e della legislazione[35].

Un'analisi attenta di tali ipotesi mostra, tuttavia, che esse lasciano uno spazio, non ampio ma nemmeno angusto, per il controllo in Cassazione dell'applicazione del diritto sostanziale e procedurale da parte del giudice

amministrativo o contabile. La distinzione tra limiti interni ed esterni, oltre a destare perplessità sul piano teorico[36], si presenta piuttosto "ambigua"[37] e "sfumata" sul piano applicativo.

In primo luogo, nelle controversie tra privati e Pubblica Amministrazione[38], stabilire se un interesse è meritevole di tutela, e dunque suscettibile di cognizione giurisdizionale, vuol dire verificare se esso è riconosciuto da una norma, da un gruppo di norme o anche dal sistema giuridico nel suo complesso[39]. Si afferma, in proposito, che l'accertamento della titolarità di una situazione protetta richiede l'analisi degli assetti di interessi e posizioni ricavabili, in via interpretativa, dall'ordinamento; assetti variabili in funzione non solo di espresse scelte normative, ma anche delle trasformazioni "culturali" che investono l'ordinamento medesimo[40] e che definiscono il rapporto tra quest'ultimo e ordinamenti diversi, ma collegati[41]. Si tratta, dunque, di una valutazione particolarmente complessa[42] e che inevitabilmente coinvolge l'interpretazione del diritto

sostanziale[43], pur se si tratta, secondo la classificazione operata dalla Corte Costituzionale, di una questione di giurisdizione, di competenza della Corte di Cassazione[44].

Così, per fare un esempio, stabilire se la decisione del Consiglio dei Ministri di non avviare le trattative per stipulare un'intesa con una confessione religiosa sia un atto amministrativo o un atto politico e dunque, rispettivamente, possa formare o meno oggetto di sindacato giurisdizionale, è questione (di giurisdizione) la cui risoluzione non può prescindere ed anzi dipende in maniera decisiva dall'interpretazione del quadro costituzionale vigente in materia di libertà religiosa, libertà di associazione, principio di eguaglianza[45]. La questione di giurisdizione richiede, in questo come in molti altri casi relativi all'individuazione della "politicità" di un atto[46], l'interpretazione del diritto sostanziale e finanche dei principi fondamentali dell'ordinamento[47].

La difficoltà di "*secernere ciò che attiene alla sfera delle valutazioni del giudice naturale della controversia da ciò che riguarda la sua sfera di attribuzioni*"[48] determina la centralità del ruolo della Cassazione come interprete del diritto oggettivo nell'ambito dei giudizi sulla giurisdizione e specialmente in relazione al difetto assoluto di giurisdizione. Tale prospettiva merita di essere ulteriormente indagata esaminando la complessa distinzione tra (questioni di) giurisdizione e (questioni di) legittimazione ad agire nel processo amministrativo.

4. *La difficile distinzione tra giurisdizione e legittimazione ad agire nel processo amministrativo*

Risulta controverso nel processo amministrativo come il profilo della giurisdizione si distingua dall'accertamento della legittimazione processuale

attiva nel processo amministrativo, ove quest'ultima sia intesa, secondo l'orientamento prevalente, come titolarità di una situazione giuridica protetta[49]. Alla luce della giurisprudenza, la distinzione sembra correre sul sottile confine tra tutelabilità "in astratto" (o "in via assoluta") e titolarità in concreto (o "effettiva") di una data situazione[50]. Si tratterebbe, in altri termini, della distinzione tra il "chiesto" e il "dovuto" che già fu oggetto di dibattito nei lavori preparatori della legge n. 3761/1877, che attribuì alla Corte di Cassazione la competenza sui conflitti tra autorità giudiziaria e pubblica amministrazione[51].

Ma che si tratti di questione tutt'altro che risolta si desume dal diffuso orientamento dottrinale secondo cui interpretando in senso ampio il concetto di "arretramento" della funzione giurisdizionale si sarebbero risolte assicurando la piena tutela le controversie che, invece, hanno dato luogo alla sentenza della Corte Costituzionale 6/2018 e al rinvio pregiudiziale alla

CGUE nel caso Randstad[52] e che hanno generato il relativo cortocircuito istituzionale[53]. Questo orientamento tenderebbe a identificare o almeno ad "avvicinare", per ciò che concerne il controllo in Cassazione, i problemi della legittimazione a ricorrere e della giurisdizione. Problemi che, invece, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente[54] e secondo parte della dottrina[55] dovrebbero essere distinti, sebbene non possa trascurarsi che la distinzione tra accertamento in astratto e in concreto di una data situazione giuridica si presti a rilevanti incertezze applicative[56] ed attribuisca alla Corte

di Cassazione un margine decisionale piuttosto indeterminato[57]. Proprio sottolineando quest'ultimo aspetto, altra parte della dottrina ritiene che sia in generale esclusa dal sindacato della Cassazione la qualificazione, pur "in astratto," dell'interesse fatto valere per il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ritenendo che si tratti di questione di merito o, perlomeno, strettamente connessa con il merito della controversia[58].

Il tema viene così a coinvolgere la figura centrale, assieme al potere, del diritto processuale amministrativo: l'interesse legittimo, come situazione strumentale o finale[59]. Esso esorbita, per la sua estensione, i confini del presente scritto[60]. Parimenti, non si potrebbe qui approfondire la complessa configurazione della legittimazione ad agire che si agita tra la teoria della titolarità[61] e quella della prospettazione[62] di una situazione giuridica protetta.

Però sembra potersi dire che, in assenza di più precise indicazioni da parte del giudice costituzionale, i limiti del sindacato in Cassazione, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia dipendono, in ultima analisi, dalla stessa Corte di Cassazione e dal modo in cui essa interpreta la figura dell'interesse legittimo[63] ed intende il sottile confine tra accertamento in astratto e in concreto. Sicché, sotto questo profilo, non così ristretti appaiono i margini di intervento sulle sentenze del giudice amministrativo e contabile. Tale prospettiva appare rafforzata qualora si considerino le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla sfera riservata all'amministrazione e al legislatore, su cui ci si soffermerà nelle pagine seguenti.

5. *I limiti della giurisdizione rispetto all'attività amministrativa*

Con riferimento all'attività amministrativa, le questioni di giurisdizione si esprimono, secondo l'orientamento tradizionale e ribadito dalla Corte Costituzionale, come invasione di una sfera riservata all'Amministrazione (anche "europea"[64]) o, viceversa, "arretramento" della tutela giurisdizionale in base all'erroneo presupposto che sussista tale riserva[65]. Tali questioni attengono, di regola, alla natura e ai limiti del potere discrezionale della PA[66], che è, secondo parte della dottrina, il potere vero e proprio[67] o almeno quello in cui si esprime l'autonomia dell'Amministrazione[68].

Che si tratti di questione di giurisdizione in senso proprio è da lungo tempo e autorevolmente contestato in dottrina, la quale ha notato che la declaratoria del difetto di giurisdizione rispetto al potere amministrativo costituisce l'esito di una valutazione (di merito) per cui il giudice "*riconosce che l'amministrazione ha il diritto di agire con la massima discrezionalità possibile e, quindi, chi vi si oppone ha torto*"[69]. Sotto questo aspetto, la

posizione della Corte Costituzionale appare ancorata a quella rigida concezione del principio della divisione dei poteri che, come notava Santi Romano, ha largamente influenzato l'originaria disciplina dei "conflitti" di attribuzione e di giurisdizione[70], conducendo a "*un concetto inesatto della funzione giudiziaria*"[71]. Concezione che sembra mantenere la propria capacità di condizionamento fino ai nostri giorni, pur in un quadro di rapporti tra amministrazione e giurisdizione, e più in generale tra cittadini e Stato, modificato dalla Carta Costituzionale[72].

Nonostante i menzionati ostacoli logico-giuridici[73], seguendo il ragionamento della Corte Costituzionale, che trova sostegno nella normazione primaria e nell'orientamento tradizionale della giurisprudenza, rientra tra i motivi di giurisdizione stabilire se il giudice abbia invaso la sfera di attribuzioni propria dell'autorità amministrativa. Tale valutazione richiede di definire il confine tra discrezionalità e merito[74]. Ma se il merito è lo spazio libero dell'attività amministrativa, una volta rispettati i principi e le norme sulla discrezionalità[75], allora l'estensione del merito dipende in

maniera decisiva dall'interpretazione di tali principi e norme[76], a partire dai principi di ragionevolezza e proporzionalità. La Cassazione svolge, dunque, un ruolo centrale nella interpretazione dei principi e delle regole che definiscono i confini della nozione di discrezionalità[77] e, sotto il profilo patologico, dell'eccesso di potere[78].

Ne consegue che qualora la Cassazione decidesse di approfondire le "sottili distinzioni" tra discrezionalità e merito, come talvolta accade[79], essa potrebbe esercitare un controllo piuttosto intenso sulle sentenze del giudice amministrativo[80]. Se ciò, di regola, non avviene, sembra più imputabile a

un atteggiamento di *self-restraint* o di “prudenza”[81] che ai confini (generici) della nozione di difetto assoluto di giurisdizione, come delineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6/2018.

Non sembra un caso che le posizioni maggiormente “protettive” verso la giurisdizione amministrativa ritengano che dovrebbe essere escluso dal sindacato della Cassazione il controllo sul difetto assoluto di giurisdizione rispetto all’attività amministrativa discrezionale[82]. Tale tesi, sebbene possa ritenersi la più coerente sotto il profilo logico-giuridico, sembra scontrarsi col *dictum* della sentenza n. 6/2018 del giudice delle leggi.

Il giudizio *ex* art. 111, comma 8 Cost., *sub specie* di verifica del difetto assoluto di giurisdizione rispetto al potere amministrativo, consente alla Corte di Cassazione margini non trascurabili di controllo sulla corretta applicazione delle norme e dei principi che regolano l’attività discrezionale[83]. Ciò, se da un lato sembra smentire la rigida separazione tra attribuzione e modalità di esercizio del potere giurisdizionale[84], dall’altro permette di porre rimedio perlomeno alle più gravi violazioni del diritto oggettivo poste in essere dal giudice amministrativo quando assume rilievo l’esercizio di poteri amministrativi discrezionali.

6. *I limiti della giurisdizione rispetto al potere legislativo*

La sentenza n. 6/2018 ha ribadito l'orientamento tradizionale secondo cui l'invasione da parte del giudice della sfera riservata al legislatore costituisce una questione di giurisdizione sindacabile dalla Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. Individuare quando tale ipotesi, così genericamente delineata, si realizza appare particolarmente complesso. Alla luce del diritto vivente, si ha difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti del potere legislativo, allorché viene alterato il rapporto legge-giudice, delineato dall'art. 101, comma 2, Cost. Ciò avviene, ad esempio, quando il giudice amministrativo annulla (o gli viene richiesto di annullare) una legge-provvedimento[85] o allorché applica una legge che ritiene incostituzionale, senza rimettere la questione alla Corte Costituzionale[86]. Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, inoltre, tale ipotesi si verifica allorché "*il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete*". Siffatta situazione dovrebbe distinguersi da quella in cui il giudice "*si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione*"[87].

La distinzione tra (eventualmente errata) interpretazione e creazione di norme giuridiche, sebbene teoricamente comprensibile, si presenta sul piano applicativo piuttosto sfuggente e sembra risolversi in una valutazione di gravità del vizio, ossia dell'*error in procedendo* o *in iudicando*. Il tema interseca il problema, fondamentale nell'ambito della teoria generale del diritto, dell'interpretazione, la cui analisi, per la sua complessità ad ampiezza, eccederebbe i confini del presente scritto[88]. Nei limiti di quanto necessario per l'individuazione del difetto di assoluto di giurisdizione nei confronti del potere legislativo si ritiene comunque opportuno proporre le

seguenti osservazioni.

Se la disposizione è una proposizione normativa (*Normsatz*) da cui si ricava, per via interpretativa, la norma giuridica[89], l'erronea interpretazione conduce a dedurre dalla disposizione una norma diversa da quella "corretta"[90]. In questa prospettiva, la distinzione tra erronea interpretazione e creazione di norme sembrerebbe basarsi sul "grado" o "intensità" dell'errore operato dal giudice, dunque su un elemento "quantitativo" che, in quanto tale, non appare idoneo a fondare la stessa su basi solide e razionali (e perciò controllabili e verificabili)[91].

La Corte di Cassazione rifiuta tale tesi, affermando che la creazione di una norma è l'attribuzione alla disposizione di un significato che non rientra nelle "*possibili varianti di senso consentite dal testo*"[92]. Ma stabilire quali siano tali possibili varianti è ancora una questione di interpretazione[93], sicché in definitiva non sembra sfuggirsi all'impressione che la distinzione tra creazione ed erronea applicazione di una norma giuridica dipenda da un dato "quantitativo", quale l'"allontanamento" dal significato corretto che si ritiene ricavabile da una disposizione[94]. Non si può trascurare che nel "diritto vivente" tale vizio sia riconosciuto in casi eccezionali[95]. Ma

questo sembrerebbe derivare più da un atteggiamento di “prudenza” della Cassazione[96] che dalla definizione teorica dei contorni del difetto assoluto di giurisdizione, il quale da un lato sembra piuttosto fondarsi su criteri piuttosto ambigui, specialmente in un contesto ordinamentale ove assumono grande rilevanza i principi (anzitutto costituzionali) e le clausole generali, dall’altro poggia su un parametro quantitativo che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto in linea di principio inidoneo a individuare l’ambito dei “motivi inerenti alla giurisdizione”.

Alla luce dell’analisi svolta, la rigida separazione tra “essenza” e modo di esercizio della funzione giurisdizionale si scontra col fatto che le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione ammesse dalla Corte Costituzionale presentano confini parzialmente incerti e indeterminati[97].

Tale rilievo si presta a valutazioni opposte. Da un lato, sotto il profilo istituzionale, l’assetto dei rapporti tra le “giurisdizioni superiori” presenta taluni aspetti di “fluidità” che dipendono dal modo in cui la Corte di Cassazione interpreta il proprio ruolo di giudice della giurisdizione. Ciò vale particolarmente se si ritiene che il giudice costituzionale non possa spingersi al punto di individuare nel dettaglio quali siano i motivi inerenti alla giurisdizione, menzionati ma non definiti nella Carta costituzionale[98], riservandosi tale compito alla Corte di Cassazione[99].

D’altro lato, sotto il profilo della tutela degli interessi protetti, la predetta incertezza fornisce alla Cassazione non irrilevanti margini di manovra[100] per la correzione delle più gravi ipotesi di “diniego di giustizia”

o per assicurare l'attuazione del principio di effettività della tutela e del giusto processo[101] o ancora per garantire che la funzione giurisdizionale sia esercitata conformemente al quadro dei valori costituzionali[102]. In altri termini, la Corte di Cassazione piuttosto che tentare di ampliare il proprio controllo a motivi diversi rispetto a quelli riconosciuti dall'orientamento tradizionale e da ultimo confermato dal giudice delle leggi, potrebbe "sfruttare" le "pieghe" del difetto assoluto di giurisdizione per porre rimedio alle più gravi forme di *errores in procedendo* o *in iudicando*[103].

7. *Il caso Randstad: l'art. 111, comma 8, Cost. al cospetto della Corte di Giustizia UE*

Le Sezioni unite, con ordinanza n. 19598/2020, hanno chiesto alla Corte di Giustizia UE di stabilire se l'impossibilità per la Cassazione di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato sotto il profilo della violazione del diritto dell'Unione, come interpretato dal relativo giudice, contrastasse con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, specialmente nelle ipotesi in cui risultasse così impedito l'accesso del ricorrente alla tutela giurisdizionale. Hanno chiesto altresì di verificare se l'esclusione dal sindacato *ex* art. 111, comma 8, Cost. del controllo sul rispetto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del supremo giudice amministrativo si ponesse in contrasto col diritto sopranazionale. Infine, con riferimento al merito della controversia, se contrastasse con il diritto UE l'omesso esame di motivi del ricorso principale per l'annullamento di una procedura di gara, in ragione dell'esclusione del ricorrente da detta gara per il mancato superamento della "soglia di sbarramento".

La pronuncia *Randstad*, con cui la Grande sezione della Corte di Giustizia ha risposto ai menzionati quesiti, presenta notevole importanza in quanto riporta i termini del dibattito sull'art. 111, ult. comma, Cost. entro i confini nazionali, fornendo altresì, in continuità con l'orientamento

precedente, importanti precisazioni sul rapporto tra ordinamento interno e ordinamento sopranazionale in materia processuale e sul concetto di effettività della tutela giurisdizionale in chiave europea.

Sotto il primo aspetto, viene in rilievo, da un lato, la relazione tra la sovranità nazionale e l'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto dell'Unione europea (v. *infra*, par. 8), dall'altro il rapporto tra quest'ultimo e le norme nazionali di rango costituzionale (par. 9). Sotto il secondo aspetto, si esaminerà il significato e la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale nel contesto eurounitario in rapporto alla garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati membri (par. 10), verificando se tale principio è rispettato nell'ordinamento processuale amministrativo italiano (par. 11). Si analizzerà, inoltre, la specifica questione relativa alla possibilità di qualificare l'omesso rinvio pregiudiziale come motivo inerente alla giurisdizione (par. 12).

8. *L'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto UE*

La Corte di Giustizia nella sentenza *Randstad* ha espunto dall'oggetto della prima questione pregiudiziale l'art. 2 TFUE, che regola il riparto di competenze legislative tra Unione e Stati membri[104]. Tale precisazione, tutt'altro che marginale, contrasta la tesi proposta dall'ordinanza di rimessione[105], secondo la quale il giudice che pronunci una sentenza in contrasto con il diritto UE[106] eserciterebbe "*un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo*", poiché nelle materie di competenza (esclusiva) dell'Unione gli Stati membri avrebbero rinunciato all'esercizio della sovranità[107].

Siffatta ricostruzione ha destato consistenti perplessità nei primi commenti all'ordinanza, poiché da essa sembrava discendere che le sentenze che applicano erroneamente il diritto UE sarebbero emanate in assenza di potere giurisdizionale e dunque radicalmente nulle, in quanto emesse *a non iudice*, e da disapplicare in ogni momento[108]. Data la sua generalità, tale principio sarebbe stato applicabile anche alle sentenze della stessa Cassazione[109] e finanche agli atti amministrativi in contrasto con il diritto UE[110]. Tali drastiche conseguenze[111], accresciute dalla "pervasività" del diritto europeo in ampi settori dell'ordinamento nazionale e dell'attività amministrativa[112], apparivano in conflitto con il principio di certezza del diritto, rilevante non solo nell'ordinamento nazionale ma anche nell'Unione europea[113].

La Cassazione sembrava applicare principi giurisprudenziali sviluppati con riferimento a rapporti tra norme a rapporti tra sentenze e norme o tra sentenze nazionali e sentenze europee. Concependo la sentenza come atto normativo, la violazione del diritto UE da parte della stessa sarebbe equivalsa a usurpazione del potere legislativo attribuito all'Unione, con il conseguente obbligo di disapplicazione.

Il tema, così posto, sembra intersecare complesse questioni di teoria generale del diritto relative alla natura delle sentenze come atti che producono norme (particolari e concrete)[114] e alla distinzione tra creazione e applicazione del diritto, che costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto[115]. Al di là del problema generale, il cui esame esorbiterebbe dai confini del presente scritto, si pone la questione, più circoscritta, se l'orientamento giurisprudenziale formatosi con riferimento ai rapporti tra norme interne e norme UE aventi efficacia diretta, che impone la disapplicazione delle prime in caso di conflitto, si possano estendere ai rapporti tra sentenze nazionali e norme UE. L'analisi della giurisprudenza europea e nazionale sembra fornire una risposta negativa.

La nota sentenza *Simmenthal*[116] riferiva il potere-dovere di disapplicazione giudiziale esclusivamente alle leggi o agli atti di normazione interni che si ponessero in contrasto con disposizioni del diritto UE direttamente efficaci[117]. La Corte distingueva in maniera molto

chiara la funzione legislativa (o di normazione), di “creazione” del diritto oggettivo, dalla funzione giudiziaria, di interpretazione, applicazione e, eventualmente, disapplicazione delle norme interne e sopranazionali. Tale posizione si è consolidata nella giurisprudenza successiva, ove il potere di disapplicazione è stato esclusivamente riferito ad atti normativi[118]. Non sembra, inoltre, inutile notare che nella sentenza *Simmenthal* il giudice europeo precisava che il potere-dovere di disapplicazione ricade solo sui giudici che siano, secondo il diritto nazionale, competenti a risolvere una determinata controversia; solo questi ultimi sono tenuti a compiere “*tutto quanto è necessario”* per assicurare l’attuazione del diritto UE[119].

Analoga conclusione sembra potersi raggiungere sulla base della giurisprudenza costituzionale. La nota sentenza *La Pergola*[120] fa leva sulla “cessione di sovranità” all’ordinamento europeo, concepito come autonomo e distinto rispetto a quello nazionale[121], per negare che, nelle materie attribuite alla competenza della Comunità (ora Unione) europea, la legislazione interna possa “costituire ostacolo” all’applicazione dei regolamenti europei. Tale pronuncia, dunque, al pari della giurisprudenza

successiva[122], ha ad oggetto il rapporto tra legislazione (o normazione) nazionale e legislazione (o normazione) europea.

In base alla giurisprudenza, dunque, la cessione di sovranità riguarda l'attribuzione del potere normativo che, in determinate materie, è attribuita agli organi dell'Unione europea, peraltro secondo presupposti e modalità diversificate a seconda che si tratti di ambiti di competenza esclusiva o concorrente[123]. La cessione dei poteri sovrani non riguarda, o riguarda in misura diversa e minore, il piano dell'applicazione giudiziale delle norme, formate secondo i criteri di competenza sopra menzionati. Ciò in quanto l'Unione europea ha sì instituito organi giudiziali propri, ma ha altresì precisamente delimitato le loro competenze in modo da non esautorare affatto gli organi giurisdizionali nazionali del potere di giudicare le controversie che concernano l'applicazione del diritto UE[124]. Anzi, il sistema istituzionale dell'Unione europea presuppone e richiede che gli Stati membri, secondo il principio di autonomia, approntino gli organi deputati all'applicazione in via giudiziale del diritto UE, che si pongono così come giudici "comuni" del diritto dell'Unione europea[125], e definiscano le procedure tramite cui le controversie debbano essere risolte, pur entro i limiti dei principi di effettività ed equivalenza[126].

In altri termini, l'attribuzione della competenza legislativa all'Unione europea non esclude affatto la competenza del giudice nazionale ad applicare il relativo diritto; l'attività dei giudici nazionali è anzi strumento essenziale per garantire l'effettività dell'ordinamento europeo. La diversità dei criteri di distribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali induce a non poter accogliere la tesi proposta dalla Cassazione, che viceversa tende a sovrapporre i piani della produzione e della interpretazione/applicazione del diritto[127].

In effetti, non si può trascurare che la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Randstad* affermi che a fronte di una giurisprudenza nazionale contrastante con l'ordinamento dell'Unione sussiste l'obbligo del giudice (nazionale) di discostarsene (punto 54) e "disapplicarla" (punto 79)[128]. Ma qui l'obbligo di disapplicazione è riferito non ad una sentenza determinata, bensì a un determinato orientamento giurisprudenziale o, forse più precisamente, ai principi di diritto che esso afferma. La stessa Corte, infatti, chiarisce che il soggetto leso dall'errata interpretazione del diritto UE, in assenza di ulteriori mezzi di impugnazione della sentenza, può solo chiedere il risarcimento del danno facendo valere la responsabilità dello Stato membro per inesatta applicazione del diritto sopranazionale (punto 80). Su quest'ultimo punto ci si soffermerà *infra*.

Dall'espunzione dell'art. 2 TFUE dall'oggetto della prima questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione sembra potersi desumere l'impossibilità di equiparare le sentenze agli atti normativi in relazione al contrasto col diritto dell'Unione europea. Una siffatta equiparazione comporterebbe, infatti, il disconoscimento della diversità dei criteri di distribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali nei rapporti tra UE e Stati membri; in altri termini, un'alterazione dell'assetto istituzionale tra i due ordinamenti, come definito dai Trattati. Non sembra possibile, dunque, giustificare sulla base di una generica e indeterminata "cessione di sovranità" l'indiscriminata e assoluta prevalenza del diritto UE e delle sentenze degli organi giurisdizionali europei sul diritto nazionale e sulle sentenze dei giudici nazionali[129]. Sembra metodologicamente più corretto verificare in che misura e in che termini la cessione di sovranità si realizza, distinguendo, secondo quanto si è osservato, il piano della funzione legislativa da quello della funzione giurisdizionale.

9. *Rapporto tra norme costituzionali e ordinamento dell'Unione europea*

La pronuncia *Randstad* fornisce importanti precisazioni anche rispetto al rapporto tra norme costituzionali e diritto dell'Unione in materia processuale. La Corte di Giustizia ribadisce l'orientamento consolidato secondo cui in base al principio del primato del diritto dell'Unione è inammissibile che norme di diritto interno, quand'anche di rango costituzionale, ne pregiudichino l'unità e l'efficacia[130]. Con una pronuncia emessa nella stessa data della sentenza *Randstad*, la Corte ha ribadito la centralità di tale principio come cardine dell'ordinamento giuridico europeo e garanzia della sua effettività, nonché dell'uguaglianza tra gli Stati membri (e dunque tra i cittadini europei)[131]. Con riferimento alla materia processuale, ciò comporta che "*gli effetti derivanti dal principio del primato del diritto dell'Unione si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi*"[132].

Tale posizione si contrappone alla tesi, talvolta sostenuta o quantomeno "suggerita" dalla dottrina nazionale, secondo cui le questioni del riparto (interno) di giurisdizione sarebbero sottratte al sindacato del giudice europeo in quanto regolate dalla Costituzione[133]. Si richiama, in questa prospettiva, la dottrina dei controlimiti[134], ascrivendo ai principi fondamentali dell'ordinamento l'assetto organizzativo pluralistico della funzione giurisdizionale e i relativi meccanismi di coordinamento, in collegamento con l'art. 25, comma 1, Cost., che sancisce il principio del giudice naturale precostituito per legge[135].

Tale posizione non appare condivisibile nella misura in cui tende ad estendere la portata dei controlimiti oltre casi del tutto eccezionali[136] che minerebbero alle fondamenta i principi costitutivi essenziali dell'ordinamento, tra i quali può senz'altro includersi il principio di effettività della tutela giurisdizionale (v. meglio *infra*), ma non la specifica modalità con cui esso trova realizzazione (l'assetto plurale della giurisdizione e i relativi rapporti tra gli ordini giurisdizionali)[137].

In questa prospettiva, pur non negandosi la delicatezza di un intervento del giudice europeo in tale materia[138], non può escludersi *a priori* la possibilità di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione della disciplina costituzionale in materia di riparto di giurisdizione. Si tratta piuttosto di esaminare se tale disciplina si pone in conflitto con l'ordinamento eurounitario. Sul punto occorre soffermarsi analizzando la portata e i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri e il significato del principio di effettività della tutela giurisdizione in chiave europea.

10. *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea ed effettività della tutela giurisdizionale*

Il rapporto tra Unione europea e Stati membri in materia processuale si fonda sull'autonomia riconosciuta a questi ultimi in relazione alla predisposizione di rimedi processuali idonei ad assicurare la tutela dei diritti dei singoli nelle materie regolate dal diritto UE. Tale autonomia

non è illimitata, trovando limite nei principi di equivalenza ed effettività, i quali impongono rispettivamente che le modalità di tutela giurisdizionale non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione[139]. In determinati settori, quali quello dei contratti pubblici, è stata introdotta una disciplina processuale di diritto derivato che gli Stati membri sono tenuti ad applicare e recepire, secondo una tendenza che secondo alcuni commentatori dovrebbe essere rafforzata, nella prospettiva della creazione di un "diritto processuale europeo"[140].

La verifica della compatibilità dell'art. 111, comma 8, Cost. con il diritto dell'Unione richiede, dunque, di verificare se la limitazione del sindacato della Cassazione ai "motivi inerenti alla giurisdizione" pregiudichi i principi menzionati o la disciplina di diritto derivato.

Sotto il profilo dell'equivalenza, la pronuncia *Randstad* esclude l'incompatibilità con l'ordinamento europeo poiché "*la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato*" non varia a seconda "*che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione*"[141]. In effetti l'individuazione delle questioni di giurisdizione prescinde dalla fonte del diritto (nazionale, sopranazionale o internazionale) che regola una certa controversia[142].

La valutazione sul rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale richiede un esame più approfondito. Tale principio, secondo l'orientamento costante del giudice europeo, forma parte essenziale delle garanzie connesse allo Stato di diritto (art. 19 TUE) e costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[143]. Risulta, dunque, centrale, ai fini della nostra analisi, individuare il concetto di effettività, onde verificare

se la limitazione del sindacato della Cassazione ai motivi inerenti alla giurisdizione risulta compatibile con il diritto UE.

Occorre anzitutto notare che l'effettività, prima di essere riferita alla tutela giurisdizionale, individua una caratteristica dell'ordinamento giuridico, di ogni ordinamento giuridico in quanto tale[144]. L'effettività del diritto (oggettivo) è intesa "*non nel senso della costante obbedienza ad ogni singola norma di un ordinamento, bensì come osservanza di quest'ultimo nel suo complesso*"[145]. Essa, dunque, non richiede che sia evitata ogni possibile violazione del diritto, anche da parte degli organi giurisdizionali[146]. Tale ultimo obiettivo, oltre ad apparire in assoluto irraggiungibile[147], si porrebbe in contrasto col principio di certezza del diritto e con la previsione di un sistema definito di mezzi di impugnazione[148].

L'obiettivo di evitare ogni possibile violazione del diritto UE, inoltre, appare incompatibile con l'architettura istituzionale che definisce le relazioni tra ordinamento interno e ordinamento europeo e prevede, in particolare, che il diritto UE sia applicato dai giudici (e dalle amministrazioni) nazionali, secondo l'organizzazione giudiziaria (o amministrativa) e le regole

processuali (o procedurali) determinate dagli Stati membri nell'esercizio della loro autonomia.

Il meccanismo del rinvio pregiudiziale mira a garantire l'uniforme e corretta interpretazione del diritto UE, ma questo obiettivo è perseguito in maniera tendenziale e non per ogni singola controversia per almeno tre ragioni: 1) il rinvio pregiudiziale è una facoltà per i giudici non di ultima istanza[149]; 2) il diritto UE non prevede alcun rimedio o sanzione nell'ipotesi in cui l'obbligo di rinvio sia violato dal giudice di ultima istanza (salvo responsabilità degli Stati membri e il ricorso per inadempimento da parte della Commissione europea[150]); 3) il rinvio pregiudiziale e la relativa pronuncia della Corte di Giustizia intervengono prima che la controversia sia definita (e proprio al fine di risolverla correttamente), ma manca la previsione di un controllo "europeo" successivo sull'esatta interpretazione del principio di diritto affermato dal giudice europeo o sulla sua corretta applicazione alla vicenda concreta.

In linea di principio, dunque, risponde all'attuale assetto dei rapporti tra giudice nazionale e eurounitario che l'eventualità di una errata applicazione del diritto UE da parte del primo non trovi rimedio in un mezzo di impugnazione della sentenza dinanzi al secondo o comunque in uno strumento di "annullamento" o "controllo sostitutivo"[151]. Le ristrette ipotesi di revisione del giudicato nazionale in contrasto con il diritto UE, che sono state ammesse in taluni casi dalla Corte di Giustizia[152], non contraddicono tale prospettiva, poiché si tratta di casi eccezionali[153].

L'assenza di un meccanismo di controllo successivo predisposto dall'Unione può vedersi secondo due prospettive.

Da un primo punto di vista, può considerarsi come un'insoddisfacente attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, a cui mancherebbe un "tassello" essenziale per completare la protezione delle situazioni giuridiche soggettive che trovano fondamento nel diritto dell'Unione.

Secondo una diversa prospettiva, l'assenza di un meccanismo di controllo successivo può apparire come la conseguenza "naturale" del carattere "ibrido" o *sui generis* dell'ordinamento dell'Unione europea e dei relativi Trattati istitutivi[154], che hanno generato una nuova "comunità di diritto" non riconducibile agli schemi ordinari dell'organizzazione internazionale o dello Stato (federale) in senso proprio[155]. Sarebbe, dunque, conseguente alla natura "irrisolta" dell'Unione che l'obiettivo della corretta e uniforme interpretazione del diritto UE trovi limite nella garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ai quali spetta la determinazione degli organi, delle forme e dei modi di attuazione giudiziale del diritto sopranazionale. Sarebbe, pertanto, nella "logica" del diritto UE che possano verificarsi, in base ai sistemi amministrativi e giurisdizionali propri di ciascun Stato membro, violazioni del diritto europeo per così dire "definitive", ossia per le quali non sia "concretamente", esperibile un rimedio impugnatorio diretto ad eliminare l'atto produttivo della violazione e a rimuoverne gli effetti[156].

Per le ipotesi in cui, nonostante il ricorso al meccanismo del rinvio pregiudiziale o a causa della sua mancata applicazione, si siano concretizzate violazioni del diritto UE produttive di danni ai singoli, l'efficacia del diritto UE e l'effettività della tutela giurisdizionale sono comunque garantite, come precisa la sentenza *Randstad*[157], dalla facoltà della Commissione europea di avviare una procedura di infrazione e di proporre un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di Giustizia, nonché dal principio di responsabilità extracontrattuale degli

Stati membri, applicabile qualsivoglia sia l'autorità pubblica responsabile della violazione[158]. Sotto quest'ultimo aspetto, la normativa nazionale attualmente vigente contempla espressamente la violazione manifesta del diritto dell'Unione europea come causa di responsabilità dei giudici nazionali, precisando che assumono rilievo la chiarezza delle norme da applicare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché l'omissione del rinvio pregiudiziale[159].

11. *La garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel sistema processuale amministrativo italiano*

Nel contesto europeo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale si realizza mediante l'attribuzione della competenza a risolvere le controversie a un giudice indipendente e imparziale, nell'ambito di un giudizio rispettoso dei principi del giusto processo, come definiti nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 CEDU[160].

In particolare, tali disposizioni secondo l'orientamento consolidato della Corte di Giustizia UE[161] e della Corte europea dei diritti dell'uomo[162] non richiedono, di regola, la previsione di mezzi di impugnazioni e dunque un doppio (e tantomeno triplo) grado di giudizio[163].

La garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati comporta che essi determinino come attuare il principio di effettività della tutela[164]. Occorre, dunque, verificare se la disciplina del processo amministrativo italiano rispetta tale principio. Ciò richiede di analizzare il sistema processuale nazionale nel suo complesso[165], alla luce dei rimedi messi in campo dall'ordinamento[166] e delle garanzie assicurate alle parti coinvolte in giudizio; nonché, sul piano applicativo e della esperienza giurisprudenziale, della frequenza o della gravità di violazioni e lacune nella tutela accertate[167].

Pur esorbitando una siffatta analisi dalla portata del presente scritto, si possono delineare le linee portanti o i principi fondamentali del processo

amministrativo, al fine di valutare se quest'ultimo assicuri l'effettività della tutela giurisdizionale, come intesa a livello europeo.

Assume in primo luogo significativo rilievo che il principio di effettività di tutela giurisdizionale, "prima" di essere stabilito, per le situazioni di rilevanza europea, dal diritto dell'Unione europea, è sancito dalla Costituzione italiana (almeno negli artt. 24, 103, 113), nella consolidata interpretazione fornita dal giudice costituzionale[168]. Sembra potersi affermare, anzi, che esso appartiene a quei principi fondamentali dell'ordinamento[169] la cui presenza contrassegna indefettibilmente quest'ultimo e che, pertanto, sono sottratti persino al procedimento di modifica della Costituzione[170].

Con riferimento al processo amministrativo, esso è espressamente affermato dall'art. 1 del relativo Codice e ribadito nell'art. 7, ove si correla, alla concentrazione delle forme di tutela degli interessi legittimi dinanzi al giudice amministrativo[171].

Il sistema di garanzie delineato dalla Costituzione[172] e dal Codice assicura altresì l'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo e l'adeguata tutela del diritto di difesa nel corso del giudizio. A ciò si aggiunga la previsione di un sistema di mezzi di impugnazione che pure, come osservato *supra*, non è richiesto dal diritto CEDU e dell'Unione europea.

Nel complesso, non sembrano sussistere particolari dubbi che il sistema processuale amministrativo risponde al principio di effettività della tutela

giurisdizionale, come delineato in chiave europea[173]. In questa prospettiva, l'inclusione della violazione del diritto dell'Unione tra i motivi ammessi nel ricorso in Cassazione diviene una questione essenzialmente nazionale[174], non imposta[175] né, evidentemente, preclusa[176] dall'ordinamento dell'Unione.

12. *La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Critica*

Esaminato l'ambito dei motivi di giurisdizione alla luce della giurisprudenza costituzionale e definita la limitata incidenza che l'Unione europea esercita per la loro individuazione, sembra opportuno soffermarsi sulla questione relativa alla possibilità di qualificare l'omesso rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Se in generale la violazione del diritto UE non si configura di per sé come motivo di giurisdizione, più complessa appare la questione specifica della inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Sul punto, la pronuncia *Randstad* non fornisce risposte, in quanto il relativo quesito è stato considerato irrilevante[177].

Secondo parte della dottrina, l'art. 267 TFUE, regolando il rinvio

pregiudiziale, assumerebbe "*i connotati di una norma sul riparto giurisdizionale, segnando il confine tra le attribuzioni del giudice nazionale e quelle della Corte di Giustizia*"[178]. A tale tesi sembra possano muoversi due obiezioni. In primo luogo, la Corte di Giustizia non ha il potere di risolvere la controversia pendente dinanzi al giudice nazionale, ma solo di fornire la corretta interpretazione delle norme europee rilevanti[179]. In secondo luogo, la valutazione sulla necessarietà del rinvio pregiudiziale spetta, in base all'art. 267 TFUE, al giudice dinanzi al quale la causa pende, sicché non appare in linea con tale disposizione che un giudice diverso sindachi le ragioni dell'omesso rinvio[180]. Secondo il predetto orientamento dottrinale l' "immotivato rinvio" da parte del Consiglio di Stato sarebbe tuttavia soggetto al controllo in Cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost. Il riferimento alla motivazione rende, a mio avviso, palese che si tratti di una questione attinente al modo di esercitare il potere giurisdizionale e non alla sua attribuzione. In questa prospettiva, conforme all'orientamento prevalente della Corte di Cassazione[181], si dovrebbe escludere che l'omesso rinvio pregiudiziale possa configurarsi come motivo inerente alla giurisdizione.

13. *Conclusioni*

La sentenza *Randstad* della Corte di Giustizia dell'Unione europea

ha escluso che il diritto UE incida sui rapporti tra le giurisdizioni nell'ordinamento nazionale, purché si assicuri che nel complesso le situazioni giuridiche protette a livello europeo siano suscettibili di essere tutelate adeguatamente e in condizioni equivalenti a quelle che trovano origine e protezione nel diritto nazionale. Garantiti i principi di effettività ed equivalenza, l'obbligo di attuazione del diritto dell'Unione non sembra poter determinare uno scardinamento delle competenze giurisdizionali fissate dall'ordinamento interno[182].

L'interpretazione dei motivi inerenti alla giurisdizione, che definiscono i limiti del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, costituisce dunque una questione prevalentemente nazionale, almeno se si ritiene che in linea di principio il processo amministrativo rispetta i parametri del giusto processo, come definiti sia sulla base dei principi costituzionali che della normativa sopranazionale e internazionale (in particolare, CEDU). Il carattere eminentemente nazionale della questione, peraltro, non ne riduce certo l'importanza, influendo significativamente tanto sul complessivo assetto dei rapporti tra giurisdizioni quanto sulle modalità di tutela del cittadino a fronte dell'azione dei pubblici poteri. Secondo la prospettiva che si è cercato di sviluppare nel presente scritto, le ipotesi di difetto relativo e (soprattutto) assoluto di giurisdizione attribuiscono alla Corte di Cassazione un certo margine di flessibilità nel sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, così da consentire di porre rimedio almeno ai più gravi *errores in procedendo* e *in iudicando*.

*La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali****

Sommario: 1. Processo amministrativo e crisi di cooperazione tra enti territoriali: ragioni di fondo, significatività delle questioni e perimetro dell'indagine – 2. Le decisioni amministrative 'complesse': il passaggio dalla logica dell'unanimità alla regola della maggioranza (o della prevalenza delle posizioni espresse). Sua rilevanza ai fini della successiva proiezione processuale dei dissensi – 3. Condizioni dell'azione ed enti territoriali: brevi osservazioni su legittimazione e interesse a ricorrere quali 'filtri' generali per l'accesso alla tutela giurisdizionale – 4. I dissensi tra gli enti territoriali: la necessaria distinzione delle fattispecie in ragione della loro non riconducibilità a uno schema unitario – 4.1. (*Segue*) Le interferenze tra poteri amministrativi: invasioni e compressioni di altrui potestà – 4.1.1. (*Segue*) Il modulo procedimentale della conferenza di servizi e la questione dell'acquiescenza dell'ente territoriale dissenziente – 4.2. (*Segue*) L'ente territoriale come soggetto esponenziale e rappresentativo della collettività di riferimento – 5. Alcuni rilievi in tema di azione popolare *ex* art. 9 TUEL – 6. Controversie tra enti territoriali e disciplina del processo di cognizione, sullo sfondo della più ampia questione concernente la natura soggettiva od oggettiva della giurisdizione amministrativa – 7. Conclusioni: la complessa individuazione di un giusto equilibrio tra legalità processuale ed effettività della tutela (senza distorsioni ideali o da desiderabilità sociale).

1. *Processo amministrativo e crisi di cooperazione tra enti territoriali: ragioni di fondo, significatività delle questioni e perimetro dell'indagine*

Si assiste sempre più, nell'attuale diritto amministrativo, alla moltiplicazione dei centri di potere[1] e alla configurazione di funzioni amministrative c.d. pluri-strutturate[2].

Se da un lato si registra l'aumento del pluralismo amministrativo e istituzionale[3], dall'altro occorre rilevare come il legislatore intervenga sempre più sovente sulla disciplina del procedimento amministrativo al fine di perseguire obiettivi di semplificazione[4]. Ed è proprio il procedimento

amministrativo che dovrebbe fungere da strumento di mediazione tra interessi, attraverso dinamiche e metodi diretti all'individuazione dell'interesse pubblico concreto[5] quale momento di sintesi e di ritrovata unità nella funzione esecutiva[6].

Tuttavia, è noto come gli strumenti di coordinamento procedurale non sempre raggiungano tale obiettivo[7]; di conseguenza, il perdurante conflitto tra pubbliche amministrazioni titolari di posizioni divergenti e non conciliate si radicalizza in 'crisi di cooperazione'[8] con successiva proiezione processuale dei 'dissensi'.

L'insoddisfazione per il modulo procedimentale, se inteso come luogo deputato in via esclusiva alla cura e attuazione degli interessi pubblici, è comprovata dal crescente aumento del contenzioso tra le pubbliche amministrazioni dinanzi agli organi di giustizia amministrativa[9].

A scanso di equivoci è opportuno evidenziare che questa particolare tipologia di controversie, sebbene aumentata negli ultimi decenni[10], non rappresenta un fenomeno nuovo dell'odierno assetto ordinamentale, avendo la dottrina[11] dimostrato – attraverso una rigorosa indagine

giurisprudenziale – la significatività delle 'liti' tra pubbliche amministrazioni nel diciannovesimo secolo. Il che pone in discussione, quantomeno, il consolidato orientamento secondo cui l'amministrazione liberale ottocentesca risulterebbe 'stato-centrica' e connotata da un marcato 'monismo': "non occorrono certo particolari argomentazioni per affermare che, ove siano ammesse controversie tra pubbliche amministrazioni, si dia per scontato che tra queste amministrazioni e i correlativi interessi pubblici possa esservi un conflitto"[12].

Nell'àmbito del più ampio tema della legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni, il presente contributo affronta le condizioni dell'azione e, più in generale, le implicazioni processuali relative ai ricorsi promossi da enti territoriali (con larga frequenza, i comuni) avverso provvedimenti amministrativi adottati da altri enti territoriali (quali, ad esempio, lo Stato, le regioni o le province) per lamentare una lesione delle proprie attribuzioni ovvero in quanto soggetti esponenziali delle rispettive comunità.

Non saranno, invece, oggetto di analisi le ipotesi di legittimazione

straordinaria[13] attribuite *ex lege* ad alcuni ministri[14] e, sempre più frequentemente, ad autorità amministrative indipendenti[15] per l'*enforcement* di interessi pubblici o generali[16]; né, infine, le fattispecie di giurisdizione c.d. 'a parti invertite', ossia concernenti posizioni di diritto soggettivo azionate da una pubblica amministrazione nei confronti di un privato e in larga

misura rientranti nel perimetro delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[17].

2. *Le decisioni amministrative 'complesse': il passaggio dalla logica dell'unanimità alla regola della maggioranza (o della prevalenza delle posizioni espresse). Sua rilevanza ai fini della successiva proiezione processuale dei dissensi*

La complessità e il numero degli interessi coinvolti dalle singole funzioni amministrative, com'è particolarmente evidente nelle materie urbanistica[18] e ambientale[19], impongono di organizzare i relativi processi decisionali in senso 'pluri-strutturato'[20]. Il che si traduce nel necessario coinvolgimento procedimentale di una molteplicità di enti territoriali preposti alla cura dei suddetti interessi; tanto nella fase istruttoria, quanto – e soprattutto – nella fase decisoria mediante la previsione di atti di assenso variamente configurati (approvazioni, pareri vincolanti, nulla-osta, concerti, intese, *etc.*)[21].

Sul piano degli schemi concettuali, l'opzione più garantista per la salvaguardia dei singoli interessi sottesi alle determinazioni amministrative 'complesse' corrisponde al paradigma decisorio dell''unanimità'[22], in forza del quale la decisione amministrativa si perfeziona soltanto con il consenso di tutti gli enti territoriali coinvolti, stante l'efficacia paralizzante del singolo dissenso.

A fronte di procedimenti amministrativi strutturati secondo il richiamato modello, viene fisiologicamente meno la possibilità di un successivo contenzioso tra le pubbliche amministrazioni coinvolte. In questi casi, è la stessa regola dell'unanimità a far sì che ogni ipotetico dissenso risulti già tutelato e garantito *ex ante*, ossia a livello procedimentale, attraverso l'attribuzione di un sostanziale potere di 'veto'[23] in capo ai singoli enti territoriali coinvolti[24].

Tuttavia, è altrettanto noto che i fondamentali principî di efficienza ed efficacia dell'agire amministrativo, declinati nella logica dell'amministrazione di 'risultato'[25], abbiano costantemente stimolato riforme legislative dei procedimenti complessi nel segno della semplificazione procedurale e decisoria[26]. L'esperienza, a tale riguardo, ha dimostrato che il modello dell'unanimità è fonte di ritardi nell'adozione dei provvedimenti amministrativi nonché causa di patologici stalli procedimentali stante la difficoltà di addivenire a mediazioni e sintesi condivise tra le molteplici posizioni tra loro divergenti.

Per l'effetto, le decisioni amministrative pluristrutturate sono state per lo più organizzate secondo lo schema generale della 'maggioranza delle posizioni espresse in conferenza'[27] ovvero del criterio delle 'posizioni prevalenti'[28]. Di qui il costante intervento del legislatore su istituti, quali la conferenza di servizi[29] o la significatività decisoria dell'inerzia (*rectius*,

silenzio-assenso)[30], nell'obiettivo di ottenere – in ogni caso e in tempi certi – una decisione amministrativa finale, superando eventuali opposizioni a vario titolo manifestate dalle minoranze dissenzienti[31].

Questo paradigma decisorio, tuttavia, non impedisce la possibile proiezione processuale dei conflitti non risolti nella fase procedimentale: una conferma si ricava dalla casistica giurisprudenziale, nella quale si registrano sempre più azioni promosse da enti territoriali. Il che contribuisce a rimarcare l'importanza di una riflessione dedicata a tali fattispecie alla luce dei caratteri che informano il vigente sistema di diritto processuale amministrativo.

Un primo insieme di questioni concerne la correlazione tra le pretese sostanziali avanzate dagli enti territoriali ricorrenti e le generali condizioni dell'azione (*i.e.* legittimazione e interesse a ricorrere) che fungono da 'filtro' per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Un secondo piano dell'indagine interessa la tenuta, rispetto alle suddette fattispecie, delle regole proprie del processo di cognizione nell'àmbito della giurisdizione generale di legittimità, e in particolare la disciplina relativa alla fase istruttoria, siccome tradizionalmente giustificata da esigenze di riequilibrio della marcata 'disparità sostanziale' del privato rispetto alla pubblica amministrazione titolare del potere[32]. Appare quantomeno opportuno domandarsi se l'assetto generale del processo di legittimità possa (o debba) essere mantenuto come tale, pur a fronte di situazioni in cui la pubblica amministrazione assume il ruolo di parte ricorrente, ovvero se la particolarità dei contenziosi in esame ne imponga (laddove possibile) un diverso adattamento.

3. *Condizioni dell'azione ed enti territoriali: brevi osservazioni su legittimazione e interesse a ricorrere quali 'filtri' generali per l'accesso alla tutela giurisdizionale*

Il sistema italiano di giustizia amministrativa si caratterizza per un importante percorso storico-evolutivo[33], culminato nell'adozione del Codice di rito dell'anno 2010, nel senso della progressiva affermazione di una giurisdizione di 'diritto soggettivo' finalizzata alla tutela di posizioni giuridiche soggettive di natura sostanziale[34].

L'abbandono dell'originaria matrice oggettiva[35], in forza della quale il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e, in seguito, ai tribunali amministrativi regionali, avrebbe assunto la funzione di (ulteriore) strumento di controllo della legalità amministrativa[36], si è necessariamente riflesso sull'oggetto del relativo processo[37]. Quest'ultimo, nel vigente assetto ordinamentale,

dovrebbe consistere nell'affermazione da parte del ricorrente di una pretesa sostanziale[38], avente consistenza di interesse legittimo o di diritto soggettivo, preordinata alla conservazione o all'acquisizione di un determinato 'bene della vita'[39] (strumentale o finale) pregiudicato dall'illegittimo esercizio (o

mancato esercizio) del potere amministrativo[40].

Una conferma di tale assunto si ricava dal combinato disposto degli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione, dai quali emerge la funzionalizzazione della tutela offerta dal giudice amministrativo alla soddisfazione delle posizioni giuridiche soggettive vantate dal ricorrente[41]; beninteso, nel rispetto delle possibilità normative offerte dal diritto sostanziale, che necessariamente conformano la domanda giudiziale, seppure nel contesto di un processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni[42].

Vero è che autorevole dottrina[43] ha sostenuto che le richiamate

disposizioni costituzionali, in quanto norme di garanzia, individuerebbero soltanto un limite in 'negativo' per il legislatore, qual è il divieto di esclusione della tutela giurisdizionale per i titolari di interessi legittimi o diritti soggettivi; e che ciò non precluderebbe l'introduzione in via legislativa di ulteriori fattispecie di legittimazione o di giurisdizione 'oggettiva' per la tutela di specifici interessi pubblici o generali. Cionondimeno, anche a voler seguire tale impostazione, si dovrebbe comunque riconoscere che i 'frammenti' di giurisdizione oggettiva[44] richiedano pur sempre un fondamento normativo esplicito e, in ogni caso, risultino numericamente eccezionali, salvo non accettare l'alterazione complessiva del sistema processuale.

Sempre sul piano delle coordinate generali, è ben noto che una delle tecniche processuali seguite dal legislatore e dalla giurisprudenza per strutturare una giurisdizione in senso soggettivo sia quella di pretendere la dimostrazione, da parte dell'attore o ricorrente, della sussistenza di determinate condizioni dell'azione, a valere quali 'filtri'[45] per l'accesso

alla tutela giurisdizionale: tali sono, secondo la tradizione, le questioni pregiudiziali attinenti al processo della legittimazione e dell'interesse ad agire (o a ricorrere)[46].

Diversamente, una generalizzata apertura della tutela giurisdizionale a qualunque domanda, semplicemente in quanto prospettata, e prescindendo dalla rigorosa indagine circa la posizione del soggetto agente rispetto al contenuto delle misure giudiziali invocate (ad esempio, l'annullamento di un dato provvedimento amministrativo asserito come illegittimo), finirebbe per far assumere al relativo processo la natura di giurisdizione oggettiva, ossia diretta alla tutela di valori o interessi generali dell'ordinamento (nell'esempio proposto, il ripristino della legalità amministrativa violata). Sennonché, in un modello siffatto, il privato o la pubblica amministrazione ricorrenti assumerebbero di fatto, e in via diffusa, il ruolo di promotore di

giustizia[47] o, comunque, di 'segnalatore' dell'illegalità amministrativa[48] con tutela soltanto indiretta od 'occasionale' – per rievocare una nota formula[49] – della propria sfera giuridica.

Dal pressoché unanime riconoscimento del processo amministrativo quale giurisdizione soggettiva, ne discende in capo alla parte ricorrente – salve talune ipotesi eccezionali, specificamente delineate dal legislatore – l'onere di dimostrare la titolarità di una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata (legittimazione a ricorrere)[50] nonché l'utilità

concreta e attuale ricavabile dall'ipotetica sentenza di merito[51]: si tratta ora di verificare come si atteggino i giudizi relativi ai dissensi tra enti territoriali rispetto alla richiamata impostazione generale.

4. *I dissensi tra gli enti territoriali: la necessaria distinzione delle fattispecie in ragione della loro non riconducibilità a uno schema unitario*

Dall'analisi giurisprudenziale non è possibile ricavare una matrice unitaria del contenzioso tra enti territoriali, dovendosi distinguere – nell'àmbito della casistica più rilevante – almeno due specie di conflitti tra loro differenti[52]: da un lato, le fattispecie in cui l'amministrazione ricorrente lamenti la lesione, da parte di un provvedimento amministrativo emanato da un distinto ente territoriale, delle proprie attribuzioni, con conseguente limitazione della capacità di esercizio di potestà amministrative attribuite

dalla legge; dall'altro, le ipotesi in cui la contestazione ricada, non già sulla compressione di un potere amministrativo di titolarità dell'ente ricorrente, quanto sugli effetti negativi prodotti dal provvedimento impugnato rispetto agli interessi generali della collettività stanziata sul territorio, che il medesimo ente vorrebbe tutelare agendo giudizialmente nella dichiarata veste di 'soggetto esponenziale' della rispettiva comunità.

Le riflessioni a seguire assumeranno la suddetta distinzione come base per la trattazione delle principali questioni processuali poste dal tema oggetto di studio.

4.1. (Segue) *Le interferenze tra poteri amministrativi: invasioni e compressioni di altrui potestà*

La prima ipotesi di 'proiezione processuale' dei dissensi tra enti territoriali concerne i casi[53] in cui l'esercizio di un potere amministrativo dispieghi effetti di natura limitativa, nel senso della compressione o dell'invasione di una diversa potestà di titolarità di un distinto ente territoriale[54].

L'ammissibilità di una reazione giurisdizionale da parte dell'ente territoriale, asseritamente leso nella propria sfera di attribuzioni o competenze amministrative[55], deve essere analizzata – in difetto di specifiche disposizioni legali 'abilitanti' – in relazione alle coordinate generali del sistema di diritto processuale amministrativo in tema di legittimazione a ricorrere[56]. A tale riguardo, la circostanza per cui la parte ricorrente sia un ente territoriale non pare elemento idoneo per discostarsi dai canoni generali, ossia da una legittimazione a ricorrere intesa come titolarità (e non semplice affermazione) di una posizione giuridica soggettiva sostanziale avente consistenza di interesse legittimo o, nelle particolari materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di diritto soggettivo.

Del resto, ai fini della presente riflessione, risulterebbe fuorviante porre un'eccessiva enfasi sul dato per cui l'ente territoriale, in quanto pubblica amministrazione, assuma ordinariamente nel contenzioso amministrativo la posizione di parte resistente nei confronti di ricorsi promossi da soggetti

privati avverso provvedimenti espressione di poteri di titolarità della medesima amministrazione[57].

Invero, rispetto ai suddetti casi – per così dire – 'ordinari', nulla vieta che possano configurarsi altre e differenti ipotesi in cui l'ente territoriale si trovi astretto in un rapporto di 'subordinazione' per l'effetto dell'imperatività correlata all'esercizio di poteri amministrativi altrui[58]. E siccome in questa seconda tipologia di fenomeni amministrativi l'ente territoriale si ritrova sul piano sostanziale in una posizione comune a quella di ogni soggetto dell'ordinamento al cospetto di un potere amministrativo, non vi è contraddizione logica nel sostenere che l'amministrazione ricorrente sia titolare di un interesse legittimo oppositivo[59].

Questa conclusione rinviene una giustificazione nella natura di persona giuridica dell'ente territoriale[60]: il che rappresenta un *prius* logico-giuridico rispetto al successivo dato qualificante di pubblica amministrazione[61]. Ed è

proprio dalla soggettività giuridica[62] che è riconosciuta all'ente territoriale che discende la correlata capacità 'generale' di agire[63], cui la legge

affianca talune capacità ‘speciali’, denominate poteri amministrativi[64], quali strumenti aggiuntivi o sostitutivi rispetto agli ordinari mezzi di ‘diritto comune’ per l’ottimale perseguimento di interessi pubblici specifici.

Se si accede a detta impostazione, è possibile ricavare il seguente corollario: in ogni fattispecie concreta in cui un ente territoriale contesti l’illegittima lesione della propria sfera giuridica a causa dell’esercizio di un potere amministrativo altrui[65], sarà sempre garantito il diritto di azione giurisdizionale necessario a ottenere la caducazione di quel determinato provvedimento amministrativo[66]. In tal caso, la legittimazione a ricorrere dell’amministrazione sarà riconosciuta in ragione della titolarità di un interesse legittimo[67], quale posizione giuridica che informa – sul piano

degli schemi di teoria generale – le relazioni tra il soggetto titolare del potere amministrativo e coloro che, in veste di destinatari, ne subiscono gli effetti imperativi[68].

Diversamente opinando, l'ente territoriale non disporrebbe di alcun rimedio per tutelare la propria sfera giuridica, pur a fronte dell'esercizio di un altrui potere amministrativo: il che sarebbe da ritenersi non conforme (quantomeno) all'art. 24 Cost.[69], che – com'è noto – non può tollerare letture di tipo restrittivo, quale sarebbe la tesi volta a escludere, per ragioni di natura dogmatica, la titolarità di posizioni di interesse legittimo in capo agli enti territoriali, con conseguente grave *vulnus* alle garanzie costituzionali[70].

Ovviamente, la soluzione proposta implicherebbe una riflessione di più ampia portata sulla consistenza del 'bene della vita' sotteso all'interesse legittimo vantato dagli enti territoriali nelle fattispecie strutturate secondo dinamiche di subordinazione (s'intende: rispetto agli effetti prodotti dall'esercizio di poteri amministrativi di titolarità di distinti enti territoriali).

A tale riguardo, si potrebbe prospettare che l'ente territoriale, nelle

ipotesi di adozione di atti con valenza 'paralizzante' o 'limitante' un proprio potere amministrativo, sia titolare di un interesse legittimo il cui bene della vita abbia a oggetto la pretesa sostanziale a conservare la pienezza delle possibilità giuridiche inerenti al potere amministrativo leso; in altri termini, una pretesa a salvaguardare la massima capacità espressiva di un determinato potere amministrativo, il cui svolgimento potenziale è in concreto ostacolato dagli effetti dispiegati da un atto amministrativo esercizio di un altrui potere.

4.1.1. (Segue) *Il modulo procedimentale della conferenza di servizi e la questione dell'acquiescenza dell'ente territoriale dissenziente*

Rispetto ai profili generali appena esaminati, è possibile domandarsi ulteriormente quali siano le implicazioni di ordine processuale che discendono dalla posizione assunta dall'ente territoriale ricorrente nell'àmbito di una conferenza di servizi dalla quale è derivato il provvedimento oggetto d'impugnazione[71].

Dalle vigenti disposizioni della l. n. 241/1990 in materia di conferenza di servizi si ricava la regola per cui le amministrazioni coinvolte sono onerate di far valere eventuali dissensi in forma espressa, pena l'equiparazione normativa dell'inerzia a un 'assenso senza condizioni'[72].

Di conseguenza, non dovrebbe sussistere alcun dubbio nell'ammettere l'impugnazione del provvedimento finale affetto da illegittimità da parte dell'ente territoriale che, avendo partecipato attivamente ai lavori della conferenza, abbia reso una determinazione espressa e motivata di dissenso[73].

Più complicate, invece, sono le ipotesi in cui l'ente territoriale abbia manifestato un assenso espresso in merito alla decisione oggetto della conferenza, oppure – stante la richiamata '*fictio iuris*' declinata nella regola del silenzio-assenso[74] – abbia omesso di comunicare la propria determinazione; o ancora, con risultato equivalente, abbia reso un dissenso non assistito da congrua motivazione. In questi casi, infatti, si potrebbe sostenere che il ricorso eventualmente proposto dall'ente territoriale esplicitamente o implicitamente consenziente debba essere dichiarato inammissibile in applicazione delle regole sulla c.d. acquiescenza[75].

In proposito, la giurisprudenza amministrativa prevalente è rigorosa nel pretendere la sussistenza di alcune condizioni minime necessarie, quali atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, perché sia possibile ravvisare la chiara e inconfutabile volontà della parte ricorrente di accettarne gli effetti, con conseguente inammissibilità dell'azione proposta[76]. Tale sembrerebbe essere la situazione dell'ente

territoriale che abbia manifestato un assenso espresso in sede di conferenza di servizi o altre forme di comportamento ritenute dal legislatore analoghe sul piano decisorio in un'ottica di responsabilizzazione della pubblica amministrazione.

Con riguardo all'ipotesi del silenzio, è tuttavia da segnalare l'esistenza di un orientamento interpretativo che riconosce all'ente territoriale legittimazione a ricorrere nonostante l'inerzia serbata in sede di conferenza di servizi[77]. Secondo questa impostazione, la disciplina in materia di conferenza di servizi, quando equipara l'omissione all'assenso, intende soltanto escludere la possibilità di rendere 'pareri postumi', ma non certo privare l'amministrazione coinvolta della legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale[78].

Ad ogni modo, è opportuno evidenziare che il suddetto indirizzo giurisprudenziale potrebbe dar luogo a comportamenti degli enti territoriali confliggenti con il più generale divieto di 'abuso del processo'[79]. Sicché, la condotta riposta dall'amministrazione in sede di conferenza di servizi dovrebbe, anche alla luce della vigente disciplina normativa (artt. 14

e ss. della l. n. 241/1990), rilevare in senso ostativo alla successiva impugnazione giurisdizionale: vuoi in forza dell'istituto dell'acquiescenza rispetto al contenuto della decisione amministrativa contestata[80]; vuoi in applicazione del più generale divieto di abuso del diritto o del processo (nella forma del divieto di '*venire contra factum proprium*'[81]). Tutt'al più, l'eventuale illegittimità potrà essere lamentata dall'ente territoriale (in seguito) dissenziente nelle forme della sollecitazione motivata all'autotutela

da parte dell'amministrazione procedente, previa indizione di una nuova conferenza[82] (principio del c.d. '*contrarius actus*'[83]).

4.2. (Segue) *L'ente territoriale come soggetto esponenziale e rappresentativo della collettività di riferimento*

Una seconda tipologia di conflitti tra enti territoriali concerne le fattispecie in cui l'amministrazione ricorrente rivendichi la legittimazione a impugnare provvedimenti adottati da altri enti territoriali in forza di un'asserita lesione, non alla propria sfera giuridica, e segnatamente l'invasione o compressione di poteri attribuiti *ex lege*, bensì ai più generali interessi della collettività stanziata sul territorio, rispetto ai quali si affermi come ente 'esponenziale' o 'associativo'[84].

In questa diversa classe di controversie tra amministrazioni, l'analisi giuridica relativa alle condizioni dell'azione si complica, nonostante la giurisprudenza maggioritaria[85] sembri non problematizzare eccessivamente

la questione[86].

Innanzitutto, occorre evidenziare che gli interessi manifestati da una determinata comunità territoriale sono – nella maggior parte dei casi – disomogenei: il che dà vita a posizioni di segno opposto e, tra loro, conflittuali con riferimento alle medesime fattispecie sostanziali (a titolo di esempio, si pensi all'opinione contraria alla localizzazione di una discarica sul territorio comunale per ragioni ambientali e all'opposta tesi, avanzata da un diverso gruppo di soggetti appartenenti alla medesima comunità territoriale, giustificata sulla base dei divergenti interessi di natura economico-industriale).

Si consideri, inoltre, che nelle ipotesi in esame è di fatto consentito un fenomeno di 'sostituzione processuale'[87], rispetto a diritti o interessi di titolarità dei singoli membri della comunità territoriale[88], in difetto di

apposite ‘deleghe’ di fonte legale o contrattuale[89]. Eppure, è osservazione condivisa quella per cui le garanzie costituzionali sull’accesso alla giustizia (artt. 24, 103 e 113 Cost.) si riferiscono alla tutela di diritti o interessi legittimi ‘propri’ e non ‘altrui’, fatti salvi gli eccezionali casi in cui il legislatore ritenga opportuno introdurre ipotesi di legittimazione ‘straordinaria’ al fine di assicurare una maggiore protezione a determinati interessi pubblici o generali[90].

Vero è che la prassi giurisprudenziale ha progressivamente riconosciuto legittimazione ad agire a soggetti costituiti e organizzati per la tutela di interessi diffusi o collettivi (non vi è occasione in questa sede per approfondire l'ampio e stratificato dibattito concettuale emerso rispetto a dette categorie[91]), superando così l'impostazione più tradizionale volta a definire l'interesse legittimo in termini di situazione soggettiva ad appartenenza esclusiva[92]. Tuttavia, è pur sempre la medesima giurisprudenza[93] ad aver preteso, per i soggetti 'super' o 'meta' individuali cui non sia stata attribuita legittimazione *ex lege*, la dimostrazione del grado di coesione, stabilità e omogeneità delle finalità istituzionali, onde evitare iniziative meramente episodiche e contingenti.

Sicché, è proprio il segnalato *deficit* di 'compattezza' e uniformità degli interessi espressi dalle comunità territoriali[94] che rende non pienamente sovrapponibili le soluzioni raggiunte con riguardo agli interessi diffusi 'soggettivizzati' in capo al relativo ente esponenziale.

Nondimeno, laddove determinati interessi generali esprimano esigenze di cura, protezione o promozione avvertite come necessarie in una determinata fase storica, allora sarà compito del legislatore elevarli al

rango di interessi pubblici, attribuiti alla '*mission*' di una determinata pubblica amministrazione, dotata allo scopo di poteri amministrativi tipici, funzionalizzati e connotati da doverosità[95].

Ciò posto, le differenti tesi in astratto prospettabili per razionalizzare la segnalata prassi di 'apertura' giurisprudenziale si rivelano, a più attenta analisi, non pienamente condivisibili.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di fondare la legittimazione a ricorrere dell'ente territoriale ponendo enfasi sulla sua natura 'rappresentativa' (in senso politico-istituzionale)[96]. Il che, tuttavia, darebbe luogo a due ordini di problemi giuridici: innanzitutto, la difficoltà di superare le serie obiezioni relative al fondamento della concreta sostituzione processuale dell'ente rispetto ai membri della collettività territoriale; in secondo luogo, la necessità di affidare al generico 'mandato elettorale' la funzione di titolo abilitante alla tutela giurisdizionale. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, non si può nascondere la complicazione teorica nell'equiparare il rapporto tra elettori ed eletti alla fattispecie in senso tecnico-giuridico del mandato, se non altro in ragione dell'impossibilità di ricavare indicazioni espresse e manifestazioni di interesse puntuali dagli esiti della competizione elettorale[97].

Ragion per cui, a questa prima tesi si potrebbe conclusivamente replicare nel senso che la rappresentatività politica si correla a esigenze di c.d. *accountability* degli organi eletti, senza da ciò poter inferire l'ammissibilità di forme di legittimazione processuale di tipo 'sostitutivo', quali sono le fattispecie di impugnazione di provvedimenti amministrativi in nome e per conto dei propri elettori.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di invocare la titolarità, da parte dell'ente territoriale ricorrente, di una posizione giuridica soggettiva che esprima l'interesse diffuso o collettivo soggettivamente imputato all'amministrazione nella sua qualità di ente 'associativo' o 'esponenziale'[98]. Ma anche questa ulteriore opzione interpretativa – al di là delle possibili obiezioni teoriche in merito all'eccessiva dilatazione della nozione di interesse legittimo[99] – rimarrebbe comunque esposta alla questione, già anticipata e di non agevole soluzione, della fisiologica conflittualità tra i plurimi interessi antagonisti e coesistenti nella medesima collettività.

E siccome le ipotesi di legittimazione processuale degli enti territoriali

non implicano spendita di discrezionalità amministrativa[100], in ragione della loro non riconducibilità al *genus* della funzione esecutiva, allora non rimarrebbe che ammettere, alla base dell'eventuale scelta di agire giudizialmente, l'esistenza di una decisione di carattere eminentemente 'politico'. In altri termini, occorrerebbe postulare in capo all'ente territoriale un potere di selezione 'libero' (*i.e.* guidato da canoni esclusivamente politici e, per l'effetto, non giustiziabile) dell'interesse ritenuto in concreto prevalente tra i plurimi compresenti nella singola fattispecie[101].

Cionondimeno, anche a voler accettare la suddetta impostazione, rimarrebbe comunque da giustificare sul piano giuridico il 'fattore legittimante' che abiliti l'ente territoriale a promuovere un giudizio dinanzi agli organi di giustizia amministrativa in nome e per conto della propria comunità territoriale.

È ipotizzabile, a tale riguardo, sostenere che i principî costituzionali

di rappresentatività e di sussidiarietà *ex* artt. 5, 114 e 118 Cost. siano fondamenti idonei e sufficienti allo scopo. Senza voler disconoscere il valore dei principî di autonomia[102] e di sussidiarietà[103] su cui si regge l'attuale ordinamento repubblicano, non si può tuttavia non rilevare l'ardito 'salto logico' occorrente per dedurre, dall'àmbito precettivo di tali principî, regole di carattere puntuale e operativo rilevanti per il settore processuale, in difetto di ogni intermediazione della fonte primaria[104]. A ulteriore replica, si potrebbe financo argomentare che una soluzione siffatta risulterebbe in contrasto con il vigente sistema di diritto processuale amministrativo, e segnatamente con la fondamentale regola *ex* art. 81 c.p.c., applicabile in forza del c.d. rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a.[105], secondo cui "[f]uori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

In conclusione, e per tutte queste ragioni, o l'ente territoriale agisce in giudizio per fare valere una lesione alla propria sfera giuridica[106] ovvero, qualora intenda qualificarsi come amministrazione 'esponenziale' degli interessi (propri) dei membri della rispettiva comunità territoriale, dovrà

fornire adeguata dimostrazione del fondamento legale dell'affermata legittimazione a ricorrere[107]: *tertium non datur*.

5. *Alcuni rilievi in tema di azione popolare* ex *art. 9 TUEL*

Ci si potrebbe inoltre domandare se, nelle fattispecie in cui sussista la titolarità di una posizione giuridica soggettiva in capo all'ente territoriale leso dall'azione amministrativa altrui, sia ammissibile un'impugnazione del provvedimento asseritamente invasivo delle competenze, e indirettamente degli interessi della collettività, nella forma dell'azione popolare *ex* art. 9 TUEL[108], secondo cui "[c]iascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia"[109].

La richiamata disposizione, com'è noto, ha introdotto nel nostro ordinamento una delle eccezionali ipotesi di legittimazione straordinaria o sostitutiva[110], in deroga alla regola generale di cui all'art. 81 c.p.c. Rispetto alla casistica qui considerata, è da segnalare che, con larga frequenza, il singolo elettore è già autonomamente titolare di una posizione giuridica soggettiva idonea a riconoscergli legittimazione a ricorrere avverso i suddetti provvedimenti amministrativi (si pensi, ad esempio, alla localizzazione di una discarica nei pressi della propria abitazione). Ciononondimeno, potrebbero pur sempre residuare fattispecie in cui l'azione dell'elettore *uti singulus* non sarebbe idonea a superare positivamente il 'filtro' della c.d. *vicinitas*[111], laddove questi non risulti sufficientemente interessato dagli effetti pregiudizievoli del provvedimento lesivo: in questi casi, acquisterebbe una concreta utilità la legittimazione *ex* art. 9 TUEL, a condizione, tuttavia, che il privato ricorrente riesca a dimostrare la lesione, da parte del provvedimento impugnato, della sfera giuridica 'propria' dell'ente inerte.

Ad ogni modo, l'ente territoriale sostituito dispone di un potere di paralisi dell'iniziativa processuale *ex* art. 9 TUEL, da esercitare attraverso la manifestazione espressa del difetto di interesse a ricorrere o, comunque, della rinuncia a far valere la situazione giuridica soggettiva azionata – in suo nome e per suo conto – dal privato elettore. In altri termini, il comune o la provincia hanno la facoltà di dichiarare il provvedimento impugnato non lesivo della propria sfera giuridica, e dunque indirettamente degli interessi della collettività rappresentata: così facendo, l'ente locale sostituito riacquisterebbe la piena paternità della posizione processuale, con

conseguente inammissibilità o improcedibilità del ricorso *ex* art. 9 TUEL.

Questa conclusione si giustifica in ragione del carattere 'suppletivo'[112] e non 'correttivo'[113] dell'azione *ex* art. 9 TUEL; tale che, dinanzi a una divergenza di valutazioni tra l'elettore ricorrente e l'ente territoriale sostituito, l'ordinamento accorda prevalenza al secondo, in ragione della perdurante titolarità – sul piano sostanziale – della posizione giuridica azionata[114].

6. *Controversie tra enti territoriali e disciplina del processo di cognizione, sullo sfondo della più ampia questione concernente la natura soggettiva od oggettiva della giurisdizione amministrativa*

Da ultimo, occorre domandarsi se i giudizi amministrativi tra enti territoriali (in posizione, rispettivamente, di ricorrente e resistente) seguano le regole processuali – per così dire – ordinarie, oppure richiedano l'applicazione di correttivi giustificati in ragione della natura pubblica di entrambe le parti processuali.

Alla luce delle argomentazioni esposte nel presente studio, si ritiene di poter affermare che queste tipologie di contenzioso, ove ammissibili per quanto concerne la legittimazione a ricorrere, non alterino la generale natura di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa[115]. Tale assunto si correla all'effettiva titolarità, da parte dell'ente territoriale asseritamente leso, di una posizione giuridica soggettiva avente consistenza di interesse legittimo: il che, come anticipato[116], rappresenta il fisiologico riflesso della condizione di 'soggezione' rispetto all'esercizio di poteri amministrativi altrui, rappresentati dall'ente ricorrente in termini di illegittima compressione, limitazione o invasione della propria sfera di attribuzioni e competenze.

Data l'evidente affinità con le fattispecie in cui è un soggetto privato a subìre – e, per l'effetto, a contestare attraverso specifici vizi di legittimità – una decisione imperativa espressione di potere amministrativo, non sembrano sussistere ragioni per giustificare una deviazione dalle logiche

di ‘vicinanza della prova’[117] alla base dell’impostazione tipica della fase istruttoria del giudizio di cognizione nell’àmbito della giurisdizione generale di legittimità: il ben noto principio dispositivo temperato dal c.d. metodo acquisitivo[118].

Anche nelle particolari controversie qui esaminate è pur sempre l'ente territoriale che agisce in forma provvedimentale ad avere una conoscenza 'privilegiata' della fattispecie reale, rispetto al distinto ente territoriale in posizione di parte ricorrente sul piano processuale, ma – al contempo – in una situazione di disparità e di marcata 'asimmetria informativa'[119] nel rapporto amministrativo sostanziale[120].

Ovviamente, l'intensità della 'supplenza giudiziale'[121] dovrà essere modulata in funzione del ruolo che l'ente territoriale ricorrente ha assunto nel procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato.

È possibile, a riguardo, distinguere due ipotesi generali, e segnatamente: il caso in cui l'ente territoriale non sia stato in alcun modo coinvolto nel procedimento amministrativo e, viceversa, l'ipotesi in cui il medesimo ente abbia partecipato attivamente alla formazione della decisione finale. Mentre

nella prima situazione è ragionevole auspicare una piena applicazione delle dinamiche proprie del metodo acquisitivo; nella seconda il giudice amministrativo dovrebbe limitare ogni intervento di supplenza sul piano istruttorio, in ragione della piena conoscenza della fattispecie sostanziale da parte dell'amministrazione ricorrente e della correlata disponibilità del materiale istruttorio a supporto del provvedimento impugnato.

7. *Conclusioni: la complessa individuazione di un giusto equilibrio tra legalità processuale ed effettività della tutela (senza distorsioni ideali o da desiderabilità sociale)*

Lo studio delle controversie tra enti territoriali ha consentito di porre in risalto le evidenti tensioni in atto tra i principî di effettività della tutela[122] e di legalità processuale[123].

Se da un lato, infatti, non è possibile negare il fondamentale contributo storico del giudice amministrativo, a partire dall'istituzione

della IV Sezione del Consiglio di Stato[124], nell'individuazione e selezione – in veste di c.d. '*gatekeeper*'[125] – degli interessi meritevoli di accesso alla tutela giurisdizionale, dall'altro è innegabile il parallelo e progressivo percorso seguìto dal legislatore nella direzione di una più compiuta regolazione della disciplina del processo amministrativo: il che è dimostrato dall'introduzione, nell'anno 2010, di un Codice di rito anche per la giustizia amministrativa[126].

A ciò si aggiunga che, sempre nel segno dell'evoluzione diacronica, lo 'scopo' del processo amministrativo è transitato dall'originario obiettivo di ripristino della legalità violata alla più garantistica funzione di protezione e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.

Questi fenomeni portano a conseguenze di indubbio rilievo sul piano delle condizioni dell'azione, e segnatamente della legittimazione a ricorrere. In proposito, si assiste oggi a una convivenza tra due schemi processuali in rapporto regola/eccezione: vi è un modello generale, consustanziale alla natura di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa, nel quale l'accesso alla tutela giudiziale è consentito ai titolari di interessi legittimi o diritti soggettivi (nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo); affiancato a un modello eccezionale, relativo alle specifiche ipotesi di legittimazione oggettiva, straordinaria o sostitutiva fondate su espresse previsioni di legge.

Sicché, nell'àmbito del suddetto quadro sistematico, la legittimazione a ricorrere, o discende dal criterio generale della titolarità di una posizione giuridica sostanziale, ovvero è direttamente conferita dal legislatore in casi singolari e non passibili di interpretazione analogica: dilatare in via pretoria

tali eccezioni significherebbe far assumere al processo amministrativo la funzione di strumento di '*enforcement*' dell'interesse pubblico[127], alterandone così i caratteri rispetto al modello delineato dalla disciplina costituzionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.).

Rispetto a tali considerazioni, le argomentazioni teoriche sottese al diffuso orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità di ricorsi promossi da enti territoriali nella loro esclusiva qualità di enti esponenziali o rappresentativi di collettività, senza al contempo allegare pregiudizi riferiti alla propria sfera giuridica, non sembrerebbero idonee a superare le richiamate obiezioni di 'sistema'.

Del resto, nell'àmbito di un processo amministrativo 'codificato', occorrerebbe progressivamente limitare gli interventi di natura

‘nomopoietica’[128] dell’organo giurisdizionale[129], se non altro per il doveroso rispetto delle esigenze espresse dal principio di legalità processuale[130], così come sancito dalla Costituzione agli artt. 101, comma II (“[i] giudici sono soggetti soltanto alla legge”) e 111, comma I (“[l]a giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”).

In un siffatto contesto costituzionale e legislativo, neppure il riferimento al principio di effettività della tutela[131] potrebbe risultare idoneo a

giustificare interventi *ultra* o *preater legem* del giudice con riguardo ai casi considerati nel presente studio[132]. Questo valore, di importanza fondamentale se inteso come criterio-guida per la selezione tra più alternative ermeneutiche discendenti da una determinata base normativa, non può tuttavia assumere i connotati di un 'grimaldello *bon à tout faire*', ossia di espediente retorico per realizzare integrazioni giudiziali dei precetti giustificate in forza di generiche (e fisiologicamente soggettive) esigenze di desiderabilità sociale[133].

Per queste ragioni si ritiene, da un punto di vista metodologico, che ogni scelta a disposizione dell'organo giudicante debba essere ricondotta

alle seguenti due opzioni alternative: esercitare la funzione giurisdizionale nel rispetto del sistema codicistico, inteso come sommatoria dei vincoli procedurali e sostanziali delineati dal legislatore; assumere il principio di effettività quale parametro per sollevare specifiche questioni di costituzionalità del vigente sistema di diritto processuale amministrativo[134].

Dal ne bis in idem *europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione: un possibile itinerario di studio*

1. *Il piano dell'indagine*

Il principio del *ne bis in idem* (*double jeopardy*, nella tradizione angloamericana) vieta che lo stesso soggetto sia giudicato o punito due volte per lo stesso fatto criminoso. Esso penetra nel diritto amministrativo per mano dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo a partire dal caso *Engel*, in virtù dei quali, al ricorrere di determinati presupposti, la sanzione irrogata dalla p.A. è assimilabile, nella sostanza, a una "pena".

Per tale via, il *ne bis in idem* di diritto europeo può assumere rilevanza sotto tre possibili forme, e segnatamente quando, per lo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto, convergono: i) due procedimenti o pene, entrambi ascrivibili al diritto penale in senso stretto; ii) due procedimenti o pene di cui uno penale in senso stretto e l'altro avente natura amministrativa, tipicamente (ma non necessariamente) per aggredire, in attuazione della medesima fonte europea, aspetti di disvalore complementari della singola condotta (c.d. doppio binario sanzionatorio); iii) due procedimenti o sanzioni di natura amministrativa a carattere

repressivo, normalmente (ma non necessariamente) inseriti nella cornice di una rete amministrativa europea.

Il contributo guarda esclusivamente alla terza casistica, che può esser denominata, ai fini della presente indagine, *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo.

Dopo aver inquadrato origini e contenuto essenziale dell'istituto del *ne bis in idem* ed aver chiarito perché lo stesso assume rilevanza nel diritto amministrativo (§ 1), si prende spunto dalle recenti pronunce gemelle della Grande Sezione della Corte di giustizia sui casi *bpost*[1] e *Nordzucker*[2] per proporre un itinerario di studi da sviluppare lungo due direttrici, con un ideale viaggio di andata e di ritorno.

La prima direttrice è quella dell'arricchimento delle garanzie amministrative per mano della dogmatica penalistica. In questa sezione si ripercorre il lungo cammino del *ne bis in idem* europeo, tenendo conto del fondamentale contributo propulsivo della Corte Edu (§ 2). È fuor di dubbio che lo sforzo delle Corti sia stato poderoso. Nondimeno, il punto di equilibrio da ultimo raggiunto dalla Corte di giustizia in *bpost* e *Nordzucker* incontra sentimenti ambivalenti nella comunità penalistica e amministrativistica. Per un verso, si saluta con favore l'elaborazione di un test unico lungamente atteso, valido cioè indistintamente in tutti i settori del diritto europeo. Per altro verso si ammonisce, sia pure con differenti ragioni e sensibilità, sui possibili effetti indesiderati dell'arresto.

Traendo spunto da queste ultime preoccupazioni, la seconda direttrice isola la questione del *ne bis in idem* amministrativo e, limitatamente a questa specifica casistica, propone, in un'ottica complementare e non sostitutiva, di ricorrere ai princìpi generali del diritto amministrativo per colmare i vuoti non coperti dall'elaborazione penalistica (§ 3).

L'assunto di fondo è che, nonostante l'innegabile processo di convergenza tra diritto penale e diritto amministrativo, e la consequenziale emersione di uno statuto unitario della sanzione afflittiva, permangono delle peculiarità, proprie dei rispettivi ambiti, che, nei casi di *bis in idem* europeo di diritto amministrativo, meritano di essere valorizzate dall'interprete.

Da cui il possibile effetto di trascinamento sull'intero diritto amministrativo europeo, laddove il *ne bis in idem* amministrativo può costituire l'occasione per edificare un più compiuto e coraggioso diritto alla buona amministrazione.

2. Ne bis in idem*: origine dell'istituto e sua rilevanza nel diritto amministrativo*

La prospettiva storica associa il fiorire del principio di *ne bis in idem* al diritto romano e, prima, all'antica Grecia[3]. Nel mondo romano esso assume una duplice sfaccettatura, condensando i princìpi processuali della *litis contestatio* (*bis de eadem re ne sit actio*)[4] e della *res iudicata* (*res judicata pro veritate accipitur*)[5]. È opinione diffusa che gli antesignani storici dell'istituto presentino solo parziali punti di contatto con la declinazione odierna del principio[6]. Negli ordinamenti giuridici moderni, infatti, il *ne bis in idem* non è unicamente corollario dei princìpi di certezza del diritto e dell'annesso principio del rispetto per l'autorità delle decisioni giudiziarie; esso è anche (e soprattutto) espressione di un diritto fondamentale dell'individuo consacrato dai Trattati[7] e costituisce un principio generale del diritto europeo[8] riconosciuto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri[9].

Il divieto di *bis in idem* non è un criterio di risoluzione delle antinomie giuridiche teso a dirimere, in una prospettiva *ex ante*, conflitti apparenti. Esso opera come un 'sistema di sicurezza' che si aziona *ex post*, per porre rimedio a conflitti positivi tra norme. Segnatamente, la garanzia si attiva

quando quattro condizioni sono cumulativamente soddisfatte: i) identità della persona, fisica o giuridica, sottoposta a processo, procedimento, pena o sanzione (*unity of the offender condition*); ii) identità della condotta interessata (*idem condition*); iii) esistenza di un doppio livello di intervento repressivo (*bis condition*); e iv) carattere definitivo della prima decisione (*res judicata* o *final decision condition*).

Si tratta di un principio oramai acquisito nelle moderne società civili. Le sue deviazioni assumono per lo più un valore storico[10].

Il principio europeo di *ne bis in idem* assume una duplice portata: esso si declina sia in senso procedurale (diritto a non essere perseguito due volte, anche se la prima decisione definitiva è di assoluzione o di non luogo a procedere/provvedere) che sostanziale (diritto a non esser puniti due volte).

La genesi europea del principio si deve alla Convenzione di Schengen (CAAS)[11], prodotto del metodo intergovernativo del terzo pilastro,"comunitarizzato" a partire dal Trattato di Amsterdam[12]. L'*acquis* Schengen concorre, come noto, alla creazione di "*un'area di libertà, sicurezza e giustizia*"[13].

Il principio è oggi codificato, con effetto orizzontale esteso all'intera Unione europea, dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)[14], che, con il Trattato di Lisbona, assume portata vincolante[15].

Ancorché sovente richiamati cumulativamente dalla Corte, la quale ha avuto l'indubbio merito di appianare le divergenze testuali correnti tra le due previsioni[16], il raggio di azione dell'art. 54 CAAS non è perfettamente sovrapponibile a quello dell'art. 50 CDFUE. Quest'ultima previsione, al contrario della prima, richiede che entrambi gli interventi repressivi trovino fondamento nel diritto europeo[17]. L'art. 54 CAAS, invece, per un verso non richiede necessariamente la rilevanza europea delle fattispecie oggetto di sovrapposizione – poggiando sul principio di mutuo riconoscimento – e, per altro verso, è limitato al diritto penale in senso stretto[18], coerentemente con il principio di attribuzione[19] e con il rilievo che l'interpretazione della Carta non può determinare un ampliamento delle competenze dell'Unione[20].

È opinione dottrinale diffusa che l'esperienza europea costituisca il primo caso di applicazione transnazionale del principio in parola[21]. Da questo punto di vista, il campo di applicazione della garanzia è più ampio rispetto alla protezione accordata dall'art. 4, Protocollo 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), caratterizzata da una rilevanza meramente interna al singolo Stato firmatario. Mentre la CEDU richiede che la violazione si radichi all'interno della medesima giurisdizione (nel senso che i due procedimenti devono essere avviati o conclusi, avverso lo stesso soggetto, dallo stesso Stato), il *ne bis in idem* europeo vincola le istituzioni e gli organi euro-unitari, unitamente agli Stati membri e le relative articolazioni, anche con riferimento a interventi repressivi avviati o

conclusi in diversi territori, nella misura in cui questi diano attuazione al diritto dell'Unione.

Ciò detto, atteso che i diritti codificati nella Carta devono essere interpretati in modo conforme ai corrispondenti diritti enucleati dalla Convenzione[22], l'elaborazione della Corte di Strasburgo è stata centrale per la progressiva affermazione, anche nella casistica della Corte di giustizia, del *ne bis in idem* di diritto amministrativo.

Come noto, uno dei maggiori contributi forniti dalla Corte Edu alla costruzione del *ne bis in idem* europeo è quello dell'estensione della garanzia penalistica in parola anche alle sanzioni amministrative di natura "sostanzialmente penale". In disparte la configurazione formale fornita nel diritto interno alla misura sanzionatoria, in ossequio ai criteri *Engel* occorre condurre un'analisi *substance-based* di tipo multivettoriale, focalizzandosi su elementi quali la natura pubblicistica degli interessi tutelati, la severità della pena in cui la persona interessata rischia di incorrere e le finalità repressive e preventive che la stessa persegue[23]. Nella propria elaborazione successiva la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ulteriormente affinare e sviluppare tali criteri[24]. Ad esempio, le ammende antitrust integrano pacificamente la nozione di "materia penale" rilevante in ambito convenzionale[25].

Viene in tal modo a realizzarsi quello statuto unitario della sanzione afflittiva che attenta dottrina auspicava, già sulla scorta di una lettura orientata delle norme costituzionali di riferimento, tempo addietro, ben prima che si affermassero con l'odierno vigore i princìpi di matrice sovranazionale[26].

L'operazione concettuale alla quale si assiste oggi con crescente vigore non origina dunque dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che, al netto di precedenti riconoscimenti impliciti[27], è giunta a riconoscere espressamente i criteri *Engel* solo in tempi relativamente recenti (e non senza resistenze e incertezze[28]), sotto la spinta gentile di Strasburgo.

Una volta ricondotte le sanzioni amministrative in senso stretto

al nucleo della "materia penale", le garanzie penalistiche di matrice convenzionale vi si devono applicare: giusto procedimento/processo (art. 6, § 1); presunzione d'innocenza (art. 6, § 2); *nulla poena sine lege* (art. 7); *ne bis in idem* (Art. 4, Protocollo 7).

Donde l'affioramento di un *ne bis in idem* amministrativo di diritto europeo.

3. *Itinerario di andata (dal diritto amministrativo al diritto penale): l'emersione di un test unico per il* ne bis in idem *europeo*

Data l'origine convenzionale del *ne bis in idem* di diritto amministrativo, conviene prendere le mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo per poi volgere lo sguardo al *case-law* della Corte di giustizia. Pur a fronte di una tendenza di quest'ultima a rivisitare i princìpi enucleati dalla Corte Edu (c.d. *Charter-centrism*)[29], è possibile scorgere un parallelismo di massima nell'elaborazione giurisprudenziale delle due Corti. Esso si apprezza in modo particolare tra il 2016 e il 2018, quando all'arresto della Corte Edu nel caso *A & B c. Norvegia*[30] fa da eco la triade *Menci*[31], *Garlsson*[32] e *Di Puma-Zecca*[33], con l'elaborazione, ad opera della Corte di giustizia, di un nuovo test europeo, che giungerà a un assestamento, auspicabilmente definitivo, solo nel 2022, con le sentenze gemelle *bpost* e *Nordzucker*.

Atteso che con *A & B* e *Menci* le Corti sovranazionali hanno introdotto elementi di flessibilità affini alle logiche del diritto amministrativo, queste decisioni sono individuate come lo spartiacque che in qualche modo occasiona e favorisce la posizione dell'ipotesi di ricerca qui tratteggiata.

In quest'ottica, la ricognizione sintetica che segue traccia una linea di confine ideale tra il "vecchio ordine" del *ne bis in idem* europeo e il "nuovo corso" avviato dalle citate sentenze.

3.1 *Il "vecchio ordine" del* ne bis in idem *europeo*

La formulazione testuale dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU (same "*offence*"; stesso "*reato*", nella traduzione italiana) ha generato alcune incertezze interpretative iniziali.

In *Gradinger c. Austria* la Corte Edu ha in un primo momento affermato che la condizione dell'*idem* è soddisfatta dall'identità delle condotte materiali perseguite o punite[34]. Tuttavia, nella causa *Oliveira c. Svizzera* la Corte ha valorizzato la qualificazione giuridica della condotta, stabilendo che il Protocollo 7, articolo 4, non si applica "*nei casi di un singolo atto che costituisce diversi reati*". Infatti, in tali circostanze "*un atto criminale costituisce due reati distinti*"[35]. Una terza linea di ragionamento, più vicina a *Gradinger* ma ancora caratterizzata da elementi di valutazione formale, è stata seguita nel caso *Franz Fischer c. Austria*. In questo caso, la Corte ha ritenuto che due reati rientrino nell'ambito di applicazione del Protocollo 7, articolo 4, nella misura in cui condividono "*gli stessi elementi essenziali*"[36].

La Grande Camera è giunta a un criterio univoco nella causa *Sergey Zolotukhin c. Russia*. Il punto di partenza dell'analisi è che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in modo da rendere i suoi diritti effettivi, non meramente virtuali, essendo un *living instrument* che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali[37]. In quest'ottica, l'approccio formalistico che pone l'accento sulla qualificazione giuridica dei fatti è irragionevolmente restrittivo dei diritti dell'individuo. Pertanto, la Corte ha ritenuto che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso come un divieto di perseguire due illeciti sostanzialmente penali nella misura in cui essi derivino da fatti materiali identici o sostanzialmente identici. Più precisamente, si ha *idem* in presenza di "*a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in*

order to secure a conviction or institute criminal proceedings"[38].

È interessante notare che, in questo caso, il processo di *cross-fertilisation* ha seguito una direzione opposta rispetto a quanto descritto con riferimento alla nozione di "materia penale", nel senso che è stata la giurisprudenza di Strasburgo ad essere condizionata da quella di Lussemburgo, e non viceversa.

Invero, già prima della decisione pilota sul caso *Sergey Zolotukhin c. Russia* la Corte di giustizia aveva applicato l'art. 54 CAAS accogliendo una nozione materialistica del concetto di *idem*, da intendersi, in ossequio alla formulazione letterale della previsione (*same acts*), quale *idem factum*, e non come *idem crimen*. Essa ha in particolare statuito che "*l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*"[39].

Tuttavia, la Corte di giustizia ha graduato l'intensità della garanzia di *ne bis in idem* in funzione della *policy area* volta per volta interessata, dando così vita a un mosaico frammentario di tutele, non esente da critiche.

In particolare, mentre nel corso degli anni la nozione materiale di *idem factum* è stata estesa, in forza dell'art. 50 CDFUE, anche al diritto amministrativo punitivo di matrice europea (ad esempio, in relazione a illeciti posti in essere in materia di politica agricola[40], imposta a valore aggiunto[41] o di trasparenza dei mercati finanziari[42]), nell'ambito del diritto antitrust ha a lungo prevalso un approccio a sé.

Come noto, in materia antitrust si è affermato un orientamento più stringente, che declinava la nozione di *idem* secondo il criterio dell'*idem crimen*. Segnatamente, si è a lungo affermato che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in ambito concorrenziale fosse "*soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo*

stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico"[43]. Si tratta di una lettura che può apparire a prima vista singolare, considerato che, proprio con riferimento a questa materia, la Corte ha riconosciuto il principio del *ne bis in idem* per la prima volta (ancorché in una versione fortemente depotenziata), persino prima della ratifica della Convenzione di Schengen[44]. A uno sguardo più attento, però, nella fase primigenia del processo d'integrazione europea vi erano ragioni che potevano supportare, almeno in parte, un simile approccio: nell'area Schengen, l'esigenza di creare un'area di libertà, sicurezza e giustizia imponeva agli Stati contraenti di riporre mutua fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia penale[45] e al contempo promuoveva la libertà di circolazione degli individui[46]; nella seconda *policy area*, la mera preordinazione del diritto europeo della concorrenza "primitivo" a eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato interno[47] lasciava agli ordinamenti nazionali la facoltà di dettare discipline più severe (paradigmatico il caso del diritto tedesco)[48].

Nel corso del tempo, però, sono venute a modificarsi alcune importanti condizioni di contesto. Non è decisiva la circostanza che, all'indomani della modernizzazione del diritto della concorrenza, i sistemi nazionali di antitrust *enforcement* sono stati ravvicinati e armonizzati, con la creazione dell'*European Competition Network* (ECN)[49]. E invero, a livello sostanziale

l'ECN ammette la contestuale applicazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza (c.d. doppia barriera)[50], in tal modo fornendo terreno fertile per la sopravvivenza della tesi dell'interesse giuridico protetto. Dal punto di vista procedurale, poi, l'ECN rimette il coordinamento tra *enforcer* a strumenti di *soft law*, che non creano aspettative azionabili da parte dei singoli[51]. Nonostante i progressi recati dalla modernizzazione del diritto della concorrenza, la vera spinta al cambiamento era dunque legata al fatto che, nel 2009, è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che – come anticipato – attribuisce valore vincolante alla Carta.

Pur essendo maturi i tempi per un *revirement*, la Corte di giustizia ha ritenuto di dover confermare il proprio orientamento. Tanto proprio sul rilievo che il Regolamento 1/2003, avendo optato per l'applicazione parallela e contestuale degli artt. 101 e 102 TFUE e del pertinente diritto nazionale, avrebbe consentito di mantenere in vita la tesi della duplicità di interessi giuridici protetti[52]. In questa criticabile prospettiva *policy-oriented*, la conformazione della legislazione secondaria prevaleva, dunque, sul riconoscimento di un diritto fondamentale sancito in una fonte di rango superiore[53].

3.2. *Il "nuovo corso" del* ne bis in idem *europeo*

In qualche misura condizionata dalla forte azione di pressione degli Stati firmatari, desiderosi di riappropriarsi del proprio *ius puniendi*, prerogativa tipica della sovranità, nel caso *A & B v. Norvegia* la Grande Camera di Strasburgo, discostandosi da quanto in precedenza statuito nel caso *Grande Stevens c. Italia*[54], ha aperto le porte al doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto[55].

Come noto, pur mantenendo una nozione materialistica di *idem*[56], nel *leading case* del 2016 la Corte di Strasburgo ha allentato quella di *bis*, ammettendo procedimenti multipli, purché idonei ad assicurare una "*connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo*" tra i due piani di intervento repressivo[57].

Non si tratta di un'endiadi, ma di due criteri cumulativi.

Ai fini del criterio della "*sufficiently close connection in substance*" occorre verificare, a titolo esemplificativo e non esaustivo: la complementarietà degli interessi perseguiti (e degli aspetti di disvalore sociale colpiti) dalle normative in forza delle quali ha luogo il duplice intervento repressivo, con la precisazione che tale valutazione deve avvenire in concreto, non in astratto; se la duplicazione è una conseguenza prevedibile della singola condotta; se i due procedimenti/giudizi sono condotti in modo tale da evitare ogni possibile duplicazione istruttoria, attraverso adeguati meccanismi di raccordo tra le autorità competenti; se la sanzione eventualmente irrogata ad esito del primo procedimento/giudizio è presa in considerazione nella commisurazione della seconda pena, in modo da assicurare che il trattamento complessivo sia, se del caso, proporzionato[58].

Per quanto concerne il criterio della "*sufficiently close connection in time*" si richiede, invece, che il collegamento temporale sia tale da proteggere l'individuo dall'incertezza del ritardo e dal protrarsi delle indagini nel

tempo. Quanto più debole è la connessione temporale, tanto maggiore è l'onere per lo Stato di giustificare eventuali ritardi nella conduzione del procedimento[59].

In disparte gli sforzi della Corte di ricondurre questo arresto alla propria casistica risalente, "*è chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di* bis in idem"[60].

Proprio su queste (nuove) basi, ritenendo che il legislatore non abbia soddisfatto il criterio della "*close connection in substance and time*" elaborato dalla Corte Edu, di recente la Corte costituzionale, dopo alcune pronunce di inammissibilità[61], ha per la volta accolto una questione di legittimità per violazione del principio convenzionale di *ne bis in idem*[62].

Il controcanto della Corte di giustizia al "nuovo corso" del *ne bis in idem* ha seguito una traiettoria teorica diversa, ma è giunto ad approdi sostanzialmente similari negli effetti.

Nei già richiamati casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca*[63] la Corte ha affrontato la tematica del doppio binario sanzionatorio, chiarendo che l'avvio o la prosecuzione di un procedimento (amministrativo o penale) dopo che è intervenuta una decisione definitiva per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto costituisce sempre, in linea di principio, una violazione del divieto di *bis in idem*. In ciò la posizione di Lussemburgo si differenzia da quella di Strasburgo, che – data anche l'impossibilità di derogare ai

diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione[64] – interviene a monte del problema, escludendo l'integrazione della condizione del *bis* in presenza di alcuni presupposti (come visto, "*close connection in substance and time*" dei due procedimenti amministrativi o giudiziari).

Allo stesso tempo – e in ciò avvicinandosi alla Corte Edu – la Corte di giustizia ha ammesso che la Carta può tollerare delle compressioni, purché prevedibili, ragionevoli e proporzionate, dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti. Il viatico argomentativo passa per la "*general limitation clause*" di cui all'art. 52, § 1 CDFUE[65], in virtù della quale "*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*".

Su tali basi, la Corte di giustizia ha statuito che il *ne bis in idem* europeo non è di per sé ostativo a un doppio binario, nella misura in cui i) ciò sia previsto dalla legge e questa ii) rispetti il contenuto essenziale del diritto al *ne bis in idem*, iii) risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o, nell'ottica del bilanciamento, all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, iv) sia in linea con il principio di proporzionalità.

Spetta al giudice nazionale valutare, sulla scorta dei suddetti criteri, se il legislatore ha rispettato i criteri per derogare legittimamente al *ne bis in idem* europeo[66].

L'introduzione di una simile clausola di flessibilità avrebbe potuto favorire un intervento, legislativo e/o giurisprudenziale, teso a estendere questi princìpi anche ai casi di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo, di modo da superare l'(oramai ingiustificato) approccio differenziato al *ne bis in idem* in materia antitrust. È infatti, in forza della giurisprudenza *Menci* non vi era più necessità di negare l'applicazione del divieto di *bis in idem* a fronte di duplici repressioni del diritto antitrust, in quanto l'avvio di procedimenti paralleli sulla medesima infrazione anticoncorrenziale avrebbe potuto aver luogo, nel rinnovato contesto, in presenza di adeguati meccanismi, previsti per legge, di raccordo verticale (tra Commissione europea e autorità della concorrenza nazionali) o orizzontale (tra autorità nazionali)[67]. Allo stato, il legislatore europeo non ha colto l'invito. Nel potenziare i poteri delle autorità nazionali competenti e il livello di integrazione amministrativa tra le stesse e la Commissione europea, la Direttiva ECN+[68] non ha infatti ritenuto di dover introdurre meccanismi tesi a prevenire, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte, l'insorgenza di *bis in idem*.

Per altro profilo, l'applicabilità della giurisprudenza *Menci* al diritto antitrust non poteva neanche dirsi pacifica. Di là delle divise letture dottrinali[69] e dell'opinione (favorevole) espressa dall'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona[70], nel caso *Slovak Telekom* la Corte di giustizia ha in un

primo momento optato per la risposta negativa al quesito, confermando, limitatamente al diritto della concorrenza, il test tripartito sull'*idem* (identità di persona, condotta e interesse)[71].

3.3 (Segue). *L'ultimo capitolo del* ne bis in idem *europeo: i casi bpost e Nordzucker*

La decisione sul caso *Slovak* è passata quasi sotto traccia, dando l'impressione di esser resa senza un'adeguata riflessione critica alle spalle[72].

Non c'è voluto molto perché, con una coppia di rinvii pregiudiziali, la questione fosse sottoposta nuovamente all'attenzione della Grande Sezione.

Interessante notare, ai fini della presente indagine, che trattasi di due ipotesi di *ne bis in idem* europeo di puro diritto amministrativo.

Nel primo caso (*bpost*) l'autorità postale belga aveva irrogato una sanzione contro l'impresa incaricata del pubblico servizio, con decisione in seguito annullata con sentenza definitiva. La medesima condotta veniva quindi sanzionata anche dall'autorità antitrust del medesimo Stato (che tuttavia teneva conto dell'intervento del Regolatore ai fini della quantificazione dell'ammenda).

Il secondo caso concerneva invece un'intesa restrittiva della concorrenza indagata, a seguito di domanda di clemenza, sia dall'autorità nazionale austriaca che da quella tedesca, in entrambi i casi per violazione dell'art. 101 TFUE in combinazione con le norme nazionali di riferimento.

Sull'assunto che, ad oggi, non sussistono valide ragioni per graduare l'intensità della garanzia fondamentale del *ne bis in idem* a seconda della *policy area* interessata, nelle sue conclusioni l'Avv. gen. Bobek ha proposto di adottare un test unico, assumendo tuttavia come *benchmark* il criterio tripartito elaborato in materia antitrust, che, superando definitivamente la giurisprudenza *Menci*, sarebbe dunque dovuto diventare il parametro

interpretativo esclusivo dell'art. 50 CDFUE[73].

Condividendo l'assunto di partenza dell'Avvocato generale, se ne sono tratte conclusioni opposte, proponendo di elevare la giurisprudenza *Menci* a test unico per il *ne bis in idem* europeo, finalmente accantonando, invece, la versione alternativa sviluppatasi in materia antitrust[74].

La Grande Sezione ha seguito questa seconda strada.

In via preliminare, la Corte è finalmente giunta ad ammettere che "*la portata della tutela conferita* [dall'art. 50 CDFUE] *non può, salvo disposizione contraria del diritto dell'Unione, variare da un settore di quest'ultimo a un altro*". Una volta compiuta questa fondamentale operazione di *reductio ad unum*, la Corte non ha avuto motivo di abbandonare il criterio "*dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato*", che, di qui in avanti, dovrà dunque trovare applicazione anche nei casi in cui viene in rilievo il diritto della concorrenza (da solo o in combinazione con regolazioni settoriali di matrice europea)[75].

Coerentemente con la giurisprudenza *Menci*, la Corte ha tuttavia ricordato che la regola può conoscere eccezioni, se sono rispettati i presupposti fissati dall'articolo 52, § 1 CDFUE.

Come visto, in forza di tale previsione eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui), nonché rispettare il principio di proporzionalità[76].

In tale contesto, richiamando *A & B* la Corte ha legato il superamento del test di proporzionalità in senso stretto[77] al fatto che il cumulo di interventi sia "*strettamente necessario, tenendo conto* […] *dell'esistenza di un*

nesso temporale e materiale sufficientemente stretto tra i due procedimenti di cui trattasi”[78].

4. *Una convergenza che non lascia del tutto appagati: le ragioni (e i timori) della comunità penalistica e di quella amministrativistica*

Lo sforzo convergente delle Corti sovranazionali ha favorito l'emersione di una cultura "minima" della sanzione punitiva, che oggi assume portata di principio generale del diritto europeo. Nessun dubbio che questa opera di ravvicinamento abbia prodotto vantaggi tangibili per la tutela dell'individuo, indefettibili in un ordinamento sempre più policentrico, multilivello e globalizzato.

Nondimeno, il fenomeno reca con sé anche un rischio: che nel processo di ibridazione reciproca tra diritto penale e diritto amministrativo entrambe le discipline possano veder affievoliti alcuni dei propri connotati tipici.

E così, non è isolata, nella prospettiva penalistica, la notazione che, a partire dal *leading case A & B*, la Corte di Strasburgo abbia aperto una breccia nel sistema di tutele faticosamente costruito negli anni. In particolare, nella propria *dissenting opinion* il Giudice Pinto ha osservato che – di là degli sforzi argomentativi[79] – *A & B* rappresenti un *camouflaged overruling* che pone nel nulla, in buona sostanza, la nozione materialistica di *idem factum* precedentemente elaborata, per le situazioni di doppio binario sanzionatorio, in *Grande Stevens*. E infatti, nell'attribuire rilevanza, attraverso la nozione di "complementarità" propria del test della "*connessione sufficientemente stretta nella sostanza*", ai criteri dell'interesse giuridico tutelato[80] e degli elementi costitutivi della fattispecie illecita[81], la Corte di Strasburgo avrebbe di fatto introdotto nella *bis condition* concetti arbitrari che erano stati faticosamente espunti dalla *idem condition*[82]. Più in generale, le ragioni critiche dei penalisti – abituati a confrontarsi con un principio di legalità stretta – si appuntano sul carattere eccessivamente indefinito, e come

tale non certo e prevedibile, delle condizioni che rendono due interventi repressivi "*sufficiently close in substance and time*". Proprio in quest'ottica, l'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, nelle conclusioni rassegnate nei casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca*, aveva invitato la Corte a non porsi in scia di *A & B*[83]. E quando tale allineamento si è verificato – sia pure, s'è visto, attraverso una diversa traiettoria concettuale – la complessiva vicenda è stata etichettata come esempio di *negative cross-fertilisation* tra Corti[84]. In effetti, ancorché la definizione di un test unitario per il *ne bis idem* europeo meriti di esser salutato con favore, sarebbe illusorio (ed errato) ritenere che *bpost* e *Nordzucker* chiudano definitivamente il cerchio, sopendo per sempre problematiche e dubbi interpretativi concernenti l'istituto. Invero, sussiste il rischio che, a fronte di atteggiamenti giurisprudenziali eccessivamente laschi in merito alle condizioni che legittimano la deroga al principio (art. 52, § 1 CDFUE), l'eccezione al diritto di *ne bis in idem* divenga regola, di modo da vanificare, a livello pratico, l'apprezzabile sforzo teorico compiuto dalla Grande Sezione[85]. Le Corti superiori nazionali possono dare un contributo in questo senso, gettando le fondamenta per un edificio di tutele auspicabilmente più stabile e solido, come la recente decisione della Consulta sul caso *P.O.* sta a dimostrare[86].

In altri termini, più che l'annichilimento dell'istituto del *ne bis in idem*, si registra uno spostamento progressivo dello stesso verso il principio di proporzionalità[87]. Spostamento in qualche modo favorito dall'inclusività dell'odierno diritto punitivo europeo, definitivamente (e oramai univocamente) aperto alle sanzioni amministrative in senso stretto. Il problema, dunque, si sposta sul modo in cui viene governato, in concreto, il principio di proporzionalità.

E qui vengono le ragioni (e i timori) degli amministrativisti.

Infatti, se per un verso la comunità penalistica vede nel descritto processo di convergenza il rischio di aperture verso paradigmi ermeneutici eccessivamente flessibili, indeterminati e dunque, in ultimo, incerti, per altro verso la comunità amministrativistica osserva con interesse la contaminazione della propria disciplina con le regole processual-penalistiche, salvo poi riscontrare, a posteriori, che esse vengono sovente declinate, rispetto alle sanzioni irrogate dalla p.A., in modo più blando e minimale.

Alcuni esempi potranno giovare.

Il primo equivoco discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte Edu, laddove essa ha tratteggiato, non senza critiche[88], la distinzione tra "*hard core criminal law*" e "*minor offences*", per trarne la conclusione

che le "*criminal-head guarantees*", e in particolare il "*right to be heard*", potesse esser declinato in modo meno rigoroso nel secondo caso[89]. Da cui alcune esternalità negative: la Corte di giustizia, che già di per sé fatica a riconoscere senza riserve la natura "sostanzialmente penale" delle sanzioni amministrative[90] (talvolta in ciò confortata dal diritto secondario, come in ambito antitrust[91]); e, quando lo ha fatto, ha spesso mostrato di intendere che trattasi, in ogni caso, di "*minor offences*"[92]. Questo retropensiero, come evidente, ha un effetto a cascata sul riconoscimento (e sulla successiva

gradazione) delle garanzie penalistiche. Per la proprietà transitiva, lo stesso è lecito attendersi in relazione all'interpretazione delle condizioni che legittimano, ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE, la deroga al *ne bis in idem*. Interpretazione che, per l'appunto, rischia di essere meno rigorosa nei confronti delle sanzioni amministrative.

Un secondo aspetto potenzialmente frenante rispetto all'affermazione di uno statuto (realmente) unitario della sanzione afflittiva è la perdurante diversità di trattamento, in qualche modo connaturata al diritto penale (*societas delinquere non potest*), tra persone fisiche e persone giuridiche[93]. Nella prospettiva del diritto amministrativo, tuttavia, la disparità di trattamento tra persona fisica e persona giuridica non trova pari giustificazione. La distinzione assume rilievo ai fini della concreta gradazione del *ne bis in idem* amministrativo, in quanto, anche all'interno delle sanzioni amministrative punitive, si registra la tendenza giurisprudenziale a proteggere più intensamente il singolo individuo rispetto alla persona giuridica. Paradigmatica, in questo senso, la discussione sviluppatasi intorno al diritto al silenzio (*nemo tenetur se detegere*)[94].

Per altro profilo, il diritto amministrativo europeo tende a confrontarsi con fatti economici complessi, spesso con attitudine a produrre effetti *cross-borders*. Le fattispecie di illecito derivanti dalla sua inosservanza sottendono dunque valutazioni tecnico-discrezionali complesse e assumono, sovente, portata ultra nazionale.

Questo assetto favorisce l'emersione di due ulteriori tratti differenziali con la sanzione penale in senso stretto.

In primo luogo, il dichiarato riconoscimento del principio della presunzione di innocenza anche in riferimento alle sanzioni amministrative afflittive[95] si scontra, nella realtà dei fatti, con i limiti incontrati dall'autorità giudiziaria nel sindacare decisioni espressive di discrezionalità tecnica, ben distanti dallo *standard* penalistico dell'"oltre ogni ragionevole dubbio.

In secondo luogo, e tornando specificamente sul principio di *ne bis in idem*, può constatarsi una certa ritrosia ad applicare alle sanzioni amministrative il criterio, materiale, dell'*idem factum*. In proposito, è interessante notare che la Corte di giustizia, sia in *Aalborg Portland*[96] che in *Toshiba*[97] che in *Slovak*[98], pur avendo elaborato il test tripartito dell'*idem condition*, attribuendo rilevanza all'interesse giuridico protetto, in concreto non lo ha dovuto applicare, in quanto le vicende conosciute concernevano sempre fatti che, a giudizio della stessa Corte, erano similari ma non identici, sicché la prima sotto-condizione ("*identità dei fatti*") non poteva dirsi soddisfatta[99].

In questo contesto, l'individuazione della condotta interessata viene agganciata ad aspetti, come la definizione del mercato rilevante, che per un verso appartengono più alla fattispecie giuridica che al mondo fenomenico; per altro verso (e in via consequenziale) si prestano a letture e configurazioni più o meno discrezionali (se non artificiali, come il caso *Amazon buy-box* sta eloquentemente a indicare)[100]. È bene evidenziare che le decisioni gemelle sui casi *bpost* e *Nordzucker* non consentono di abbandonare questo approccio[101]. Non si tratta di questione di poco conto: quando, come nei precedenti citati, non risulti soddisfatta la condizione dell'*idem factum*, la prospettiva processual-penalistica prevede l'inapplicabilità della garanzia di cui all'art. 50 CDFUE. Con la conseguenza, allora inevitabile, che nessuna indagine circa la proporzionalità complessiva dei due interventi repressivi, per quanto in parte sovrapponibili, dovrà aver luogo ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE.

Ancora, nel diritto processual-penalistico il fatto che vengano avviati e portati avanti procedimenti o processi paralleli non è di per sé lesivo del *ne bis in idem*, a patto che il secondo procedimento o processo venga arrestato (*discontinued*)[102] non appena il primo giunga a un esito definitivo[103]. La definitività della decisione amministrativa, però, non si ha con l'adozione

del provvedimento finale, bensì con l'inoppugnabilità dello stesso o con la formazione di un giudicato sull'eventuale giudizio di impugnazione[104]. Fino a che non si verifichi un simile evento, si ricade in una situazione ininfluente ai fini del *ne bis in idem* (c.d. *litis pendens*), per difetto dell'ultimo elemento costitutivo della fattispecie (*res judicata condition*). Così, concluso una lungo e dispendioso procedimento sanzionatorio da parte di un'autorità nazionale, un'Amministrazione di un altro Stato potrebbe, nelle more del relativo giudizio di impugnazione, avviare un'indagine sui medesimi fatti, magari rinnovando integralmente gli accertamenti ispettivi all'uopo necessari e formulando nuove e ulteriori richieste di informazioni, senza minimamente raccordarsi con la p.A. intervenuta per prima. A distanza di anni, la prima decisione potrebbe divenire "definitiva" e, solo in quel momento, la seconda istruttoria (o il giudizio di impugnazione dalla questa eventualmente originato) potrebbe arrestarsi, con un non luogo a procedere/provvedere o con l'annullamento del provvedimento *medio tempore* reso, in entrambi i casi per la sopravvenuta formazione di un *bis in idem*. Il rimedio, tuttavia, non sarebbe integralmente satisfattivo per la parte privata, in quanto non cancellerebbe il fatto di esser stata sottoposta, in questo significativo interregno temporale, a una pressione istruttoria sproporzionata. In questo contesto potrebbe altresì accadere che, nell'ambito di una rete amministrativa europea, un'autorità nazionale provveda ad avviare delle verifiche pre-istruttorie nei confronti di un soggetto, al fine di verificare se sussistono gli estremi per dare impulso a un procedimento sanzionatorio. L'attività pre-istruttoria potrebbe diffondersi per mesi e prodursi in richieste di informazioni, anche plurime, senza nondimeno sfociare nell'avvio formale di un'istruttoria. Potrebbe radicalmente mancare un provvedimento espresso che formalizzi il non luogo a procedere e che ne illustri le ragioni. Se presente, questo potrebbe essere molto stringato. Agli effetti del *ne bis in idem*, dunque, potrebbe difettare un atto idoneo ad assurgere allo *status* di *final decision*. Il che consentirebbe all'autorità nazionale di un altro Stato, venuta a conoscenza del fatto nell'ambito del *network* amministrativo, di disporre ulteriori accertamenti, nei confronti del medesimo soggetto, per gli stessi fatti, anche a distanza di un apprezzabile lasso di tempo, se del caso pure rinnovando buona parte delle attività istruttorie svolte dalla prima Autorità[105]. Posto che, in un simile caso, il

ne bis in idem non troverebbe applicazione, le due p.A. non sarebbero chiamate a dimostrare di aver agito in stretta connessione sostanziale e temporale, onde minimizzare l'ingerenza del pubblico potere nella sfera della parte privata.

5. *Appunti per un itinerario di ritorno (dal diritto penale al diritto amministrativo): la buona amministrazione, prima del* ne bis in idem *amministrativo*

La breve rassegna che precede tenta di porre in risalto un aspetto: la reciproca contaminazione tra l'ambito penale e quello amministrativo, certamente felice nel suo complesso, presenta maglie larghe, dando così luogo a potenziali *deficit* (o persino eccessi[106]) di tutela.

Si propone, dunque, di recuperare e valorizzare le specificità delle relative discipline, in ottica complementare, e non sostitutiva.

L'ipotesi di ricerca è limitata al *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo. Come visto, si intende per tale il caso in cui due procedimenti o sanzioni di diritto amministrativo europeo convergono sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto. Normalmente, la duplice risposta repressiva si colloca all'interno di una rete amministrativa[107], ma ciò non toglie che possano verificarsi anche casistiche di interferenze tra autorità appartenenti a diversi circuiti amministrativi[108].

È di tutta evidenza che, in simili circostanze, i vuoti di tutela cui sembra condurre il *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo non potrebbero che esser risolti sulla scorta dei princìpi derivanti dalla scienza amministrativa[109].

Sede naturale di quest'elaborazione potrebbe essere il diritto europeo alla buona amministrazione (art. 41 CDFUE)[110]. Il principio, è noto, trova applicazione anche nei casi di amministrazione europea indiretta, che si esplichi, cioè, tramite gli apparati degli Stati membri[111].

Ora, sembra che a cavallo del principio di proporzionalità sussistano rilevanti punti di intersezione tra la "*general limitation clause*" di cui all'art. 52, § 1 CDFUE, da un lato, e i connotati di equità e ragionevolezza emergenti dall'art. 41, § 1 CDFUE, dall'altro[112].

A fronte di procedimenti paralleli, per dirsi "*equo*" e per concludersi "*entro un termine ragionevole*" l'esercizio di pubblico potere non potrà che rispettare i criteri che presidiano la *general limitation clause*, primo fra tutti quello della "*connessione sufficientemente stretta, nella sostanza e nel tempo*" tra i due procedimenti. In mancanza di una simile connessione, prima che contrario al principio di *ne bis in idem* l'intervento multiplo sarebbe contrario al canone di buona amministrazione.

Proprio un'accresciuta rilevanza di quest'ultimo principio, allora, potrebbe consentire di occupare fertilmente la terra di mezzo che affiora tra garanzie riconosciute in ambito penale e amministrativo.

Del resto, anche nel campo amministrativo è dato registrare un accresciuto interesse scientifico verso le condizioni che rendono il provvedere stabile nel tempo[113]. Da questo punto di vista, può intravedersi un'assonanza concettuale con l'autorità di cosa giudicata di cui è corollario il *ne bis in idem*. Il problema del possibile esaurimento del potere amministrativo, certo, è stato per lo più studiato in relazione alla riedizione del potere ad opera di un unico centro decisionale, portatore del medesimo interesse pubblico. Il policentrismo del diritto amministrativo europeo, in una con la natura sovente transnazionale dei fenomeni amministrati, sembra far venir meno i presupposti che consentono di intavolare proficuamente un ragionamento di questo tipo in relazione alle fattispecie oggetto di esame. Tuttavia, la conclusione potrebbe mutare se si distoglie lo sguardo dal potere e lo si volge alla persona: questa, del resto, è la prospettiva indicata dall'art. 41 CDFUE. Il diritto alla buona amministrazione opera orizzontalmente, potendo dunque porre in collegamento vicende amministrative che, sul piano dell'interesse pubblico curato e della competenza, potrebbero apparire tra loro sconnesse. Si tratta, a ben vedere, di un'esigenza di riequilibrio del sistema, tesa a far sì che il potenziamento del pubblico potere per mano di scambi inter-amministrativi sia controbilanciato da maggiori responsabilità in capo alle autorità che di quegli strumenti di conoscenza possono legittimamente valersi. E così, ad esempio, appare meritevole

di apprezzamento l'orientamento del giudice amministrativo nazionale secondo cui, una volta che l'autorità antitrust nazionale abbia ottenuto un quadro informativo sufficientemente completo sui fatti, in ciò anche valendosi di scambi di informazioni con le altre autorità del *network*, non possa irragionevolmente tardare la contestazione dell'infrazione[114]. Si noti che queste pronunce, ormai non più isolate, non si fondano in via esclusiva sull'art. 6 CEDU, ma attribuiscono un ruolo centrale anche all'art. 41 CDFUE, e dunque in qualche misura trascendono la prospettiva sanzionatoria.

Partire dal diritto amministrativo, allora, potrebbe forse consentire di meglio comporre alcune delle problematiche sopra descritte in relazione al *ne bis in idem* di puro diritto amministrativo.

Il diritto alla buona amministrazione, infatti, preesiste all'occorrenza di un *bis in idem*. Sicché, esso potrebbe permettere di arrivare lì dove l'art. 50 CDFUE non riesce, giacché è sempre dovuto all'individuo, indipendente dall'affiorare di una duplicazione "penalmente" rilevante.

In conclusione, si ritiene che sentenze gemelle della Grande Sezione sui casi *bpost* e *Nordzucker* schiudono, a ben vedere, più opportunità che rischi, rappresentando un importante banco di prova e occasione di crescita per il diritto amministrativo europeo.

Questo richiede, certo, un salto culturale, affinché a una visione "burocratica" del potere amministrativo europeo, sbilanciata verso le ragioni dell'efficienza e della flessibilità[115] possa giustapporsi una nozione

di buona amministrazione vicina alle istanze dell'individuo, prima che agli obiettivi perseguiti dal pubblico potere.

L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani[**]

Sommario: 1. I cittadini "attivi" e l'amministrazione "condivisa" – 2. Le città spazio di diritti e di produzione del diritto – 3. La rigenerazione "dal basso" dei c.d. beni comuni urbani – 4. Il dibattito sulla natura dei patti di collaborazione – 5. Autoritatività del potere, imperatività del provvedimento e attività amministrativa di diritto privato – 6. I patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa.

1. *I cittadini "attivi" e l'amministrazione "condivisa"*

L'esigenza di ripensare i contesti urbani come luoghi di ristrutturazione delle relazioni economiche, politiche e sociali appare strettamente correlata alle sempre più frequenti iniziative dal basso configurabili come tentativi di riconquista della città pubblica[1]. Il sintagma *city as a commons*[2] rende bene l'idea di simili tentativi che richiedono nuove forme di sviluppo in cui Stato apparato e Stato comunità, ossia il pubblico come soggetto e il pubblico come comunità[3], si "alleano" per la soluzione di problemi concernenti realtà locali[4]. Tali cittadini maturano la consapevolezza di essere titolari non

solo di diritti, ma di doveri da cui discendono responsabilità condivise in ordine alla tutela e alla valorizzazione di beni e spazi urbani strumentali al benessere individuale e collettivo[5].

Una simile concezione dell'individuo nella società ben si comprende alla luce degli studi di Benvenuti[6], il quale descrive l'evoluzione da una forma di libertà passiva, come difesa dei privati al cospetto dell'autorità, a una forma attiva idonea a rendere il "nuovo" cittadino protagonista co-responsabile del funzionamento della *res publica*. In tale scenario, le azioni del cittadino, che partecipa all'esercizio di funzioni assegnate per tradizione ai pubblici poteri, superano la dimensione individuale degli interessi e proiettano la singolarità dell'*agere* in un contesto più ampio che fonde doveri di solidarietà e valore dell'esistenza individuale[7].

Non si tratta di soggetti tenuti a svolgere determinate prestazioni[8], ma che decidono liberamente di attivarsi e favoriscono il perseguimento di interessi generali. Viene in rilievo una forma di partecipazione alla vita pubblica inquadrabile secondo le coordinate dell'autonomia civica e della prossimità che presenta interessanti legami con i processi democratici. Essa, per un verso, può inaugurare innovative modalità di formazione dei futuri

amministratori locali, per altro verso appare collegata a forme di democrazia complementari a quella rappresentativa, funzionali alla cura di interessi generali e imperniate sul concetto di "prossimità"[9] teorizzato oltralpe[10].

2. *Le città spazio di diritti e di produzione del diritto*

Attivare processi di partecipazione che accrescano la capacità di risposta delle comunità locali e, quindi, promuovere il ruolo della cittadinanza nella salvaguardia dell'ambiente urbano rappresenta un modo per rispondere alla crisi di legittimità democratica riguardante le istituzioni[11] e all'esigenza, sempre più marcata, di favorire l'inclusione. Si registra così una riscoperta di virtù civiche rapportabili all'assolvimento di doveri di solidarietà sociale[12]. Il che, sotto diverso, ma connesso, aspetto rimanda alla necessità di riflettere su cifre e linguaggi, ancora largamente da costruire[13], che rappresentano «il punto di arrivo dell'evoluzione sia degli apparati amministrativi, nell'apprendere (l'inedita) virtù dell'interagire con il contesto aprendosi

a processi che muovono dal basso, sia dei soggetti sociali, chiamati ad attrezzarsi (in termini di stabilità, organizzazione e responsabilità) senza scivolare nella istituzionalizzazione e in rapporti organicistici»[14].

È una significativa evoluzione del modo di concepire la crescita urbana, la cui *governance* si modella su nuovi principi e prassi creative incentrate sul ruolo dei "cittadini attivi"[15]. Sono loro i veri protagonisti della c.d. microrigenerazione[16] e la stessa, senza il loro intervento, non sarebbe neppure immaginabile. Si consideri l'art. 118, comma 4, Cost., ossia la fonte di riferimento[17] dei regolamenti sull'amministrazione condivisa dei

beni comuni urbani: la norma sul principio di sussidiarietà orizzontale prevede che la Repubblica favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale; *ergo* se questi ultimi non si attivano la prima non ha molto da favorire.

Attivarsi per finalità di interesse generale, nel caso di specie, significa prendersi cura dei predetti beni. In tale prospettiva, la *partnership* pubblico-privato si sostanzia nella combinazione fra momenti di autorità amministrativa, cristallizzati nell'adozione dei regolamenti in questione, e nuove forme di consenso racchiuse in appositi strumenti denominati "patti di collaborazione".

In virtù di tali patti, muta il modo di intendere la partecipazione. I cittadini attivi non si limitano ad affermare le proprie pretese in sede procedimentale, essi contribuiscono fattivamente alla soluzione di problemi riguardanti beni e spazi urbani, cioè si impegnano in prima persona nella realizzazione dei patti. Le azioni intraprese, in tal senso, non possono definirsi disinteressate, ma sembra difficile affermare – al di là della denominazione "patti" – che la collaborazione di cui trattasi sia riconducibile al sinallagma contrattuale.

Ciò non significa che la microrigenerazione sia inconciliabile con fattispecie contrattuali e, in particolare, di partenariato sociale[18]. La convergenza delle azioni di microrigenerazione prescinde dalla parificazione degli strumenti che la consentono e, piuttosto, si connota per la valenza identitaria degli interventi che rinviene una solida base costituzionale nel principio di solidarietà. In tale scenario, il ruolo dei cittadini attivi emerge alla luce di una norma che salda il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, qual è il diritto alla città[19], all'adempimento dei

doveri di solidarietà politica, economica e sociale[20] che sono alla base dello sviluppo sostenibile.

Per comprendere una simile traiettoria evolutiva, dunque, soccorre il concetto di diritto alla città[21] che rimanda alla «riattivazione del diritto/dovere di cittadinanza, come momento di epifania e risveglio di coloro che vivono la città»[22]. La *ratio* degli interventi di microrigenerazione riporta alla genesi del *droit à la ville* quale diritto collettivo (sociale), non individuale (civile)[23], che si traduce nell'esercizio di un potere collettivo sul processo di urbanizzazione[24] attraverso la convergenza di una duplice prospettiva, strutturale (rispetto all'opera) e funzionale (rispetto alla fruizione di beni e spazi urbani), che rende i cittadini co-costruttori dei luoghi in cui vivono.

In tale scenario, la città è configurabile come «proiezione della società sul territorio»[25] e il diritto alla città[26] «si presenta come un appello, come

esigenza» alla vita urbana «trasformata e rinnovata»[27]. L'esperienza dei regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani, finora approvati da quasi trecento comuni italiani[28], è una delle migliori dimostrazioni dell'attualità del *droit à la ville*. Lo spazio urbano si eleva a «luogo di libero godimento come campo del valore d'uso»[29] grazie al contributo – in termini di idee, proposte, iniziative collettive, etc. – di soggetti che nutrono verso determinati luoghi uno spiccato senso di appartenenza poiché contesti che riconoscono come propri.

Si rafforza il diritto alla città e, al contempo, cambia il diritto della città, a partire dal modo in cui vengono governati i suoi spazi e dall'individuazione dei principi giuridici di riferimento[30]. Fra questi è annoverabile quello di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. da leggere in combinato disposto con l'art. 117, comma 6, Cost. Tali norme hanno garantito copertura ai suddetti regolamenti in cui è radicata l'idea di poter cambiare e reinventare le città attraverso meccanismi democratici alternativi[31] volti alla rivitalizzazione di beni e spazi degradati. Le città divengono in tal modo «spazio di diritti e di produzione del diritto»[32].

3. *La rigenerazione "dal basso" dei c.d. beni comuni urbani*

A partire dal 2014, sulla scia dell'esperienza del Comune di Bologna, i regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani divengono le principali fonti della microrigenerazione. Essi, benché abbiano raggiunto un numero ragguardevole in ogni parte del Paese, presentano talune costanti[33] che li rendono attuazione diretta del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

Non inganni la limitazione dell'ambito di applicazione dei regolamenti ai "beni comuni" urbani. È proprio la valorizzazione del micro-intervento a favorire la partecipazione dei cittadini attivi a nuovi fenomeni di sviluppo, i quali necessitano di essere coordinati in via continuativa e sistematica da parte dei soggetti istituzionali più vicini alla comunità. La rigenerazione dal basso muta l'esistente nel senso che consente di percepirlo sotto una diversa luce, per effetto di innovative forme collaborative tra cittadini e amministrazioni locali imperniate sui principi di fiducia reciproca e buona fede, dei quali costituisce corollario l'informalità intesa come semplicità nella relazione tra pubblico e privato, di pubblicità e trasparenza volti a garantire l'imparzialità e un'ampia inclusione negli interventi, sul principio di condivisione delle responsabilità ai fini del raggiungimento di risultati utili e misurabili; tutto ciò sempre nel rispetto della sostenibilità degli interventi e della proporzionalità, adeguatezza e differenziazione delle azioni a seconda dei contesti da rigenerare[34].

È doveroso, inoltre, considerare che i regolamenti non potrebbero comunque assegnare ai patti di collaborazione una funzione sostitutiva di attività amministrative. Intendere i cittadini come co-amministratori di beni e spazi urbani, ovvero attribuire agli stessi forme condivise di

responsabilità, non deve favorire prassi elusive delle regole di evidenza pubblica o privare gli enti locali della titolarità dei loro compiti verso l'ambiente urbano, cioè il coinvolgimento della cittadinanza attiva ha luogo sempre in via integrativa e mai sostitutiva in ossequio alla logica sussidiaria propria della microrigenerazione.

In tale scenario, la fonte regolamentare restituisce peso al decisore pubblico, rimettendo ai patti di collaborazione la regolazione del rapporto tra cittadini attivi ed enti locali concernente la cura di quelli che vengono abitualmente definiti "beni comuni" urbani[35], accezione che vale a contraddistinguere i «beni materiali, immateriali e digitali che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo, alla coesione sociale e alla vita delle generazioni future, per i quali i cittadini si attivano per garantirne e migliorarne la fruizione collettiva e condividere con l'amministrazione la responsabilità della loro cura, gestione condivisa o rigenerazione»[36].

Nel momento in cui si accoglie l'idea che i beni in argomento divengono il punto di riferimento oggettivo di una pluralità di interessi giuridicamente rilevanti e, dunque, si abbandona la dimensione individualistica a favore di quella comunitaria, valorizzata dalla pronuncia delle SS.UU. sulle

valli da pesca[37], riemerge la centralità dell'ente pubblico. Esso deve dimostrarsi in grado di intercettare le istanze "comunitarie" dei soggetti che si propongono come co-amministratori in virtù di un principio di collaborazione civica incentrato sulla natura relazionale e il valore sociale del bene "comune"[38]. Una simile configurazione del bene, strumentale al godimento di libertà fondamentali dell'individuo ascrivibili al diritto alla città, non pregiudica l'impostazione dicotomica proprietà pubblica - privata[39], anche in considerazione di una possibile rilettura dell'art. 838 c.c., ma favorisce un ripensamento del ruolo delle autorità pubbliche nei contesti urbani per accedere a un'innovativa forma di amministrazione condivisa[40].

4. *Il dibattito sulla natura dei patti di collaborazione*

I regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani sono prodromici alla stipula dei patti di collaborazione. Mentre i primi garantiscono dignità giuridica alle innovative tecniche di *governance* urbana in esame, in virtù dei secondi i soggetti pubblici e privati concordano l'ambito degli interventi[41].

Il contenuto dei patti può variare a seconda del grado di complessità delle azioni di cura, gestione condivisa e rigenerazione, nonché della durata della collaborazione. Soprattutto con riferimento alle azioni più complesse, vuoi per la dimensione dell'intervento, vuoi per la natura del bene[42], la previsione nella struttura organizzativa dell'ente di un "ufficio per l'amministrazione condivisa"[43] si rivela centrale, agevolando le valutazioni sulla fattibilità delle proposte, prima della co-progettazione, e il monitoraggio della loro esecuzione. Qualora il medesimo bene fosse oggetto di varie proposte, peraltro, il dirigente del predetto ufficio potrebbe favorire, per ragioni di inclusione, l'elaborazione di un'unica istanza assecondando forme di dialogo cooperativo.

I patti, dunque, mettono a punto l'alleanza finalizzata alla soluzione di problemi di interesse generale, cioè sono il luogo della partecipazione per il superamento di criticità che possono affliggere i beni comuni urbani. Mentre questa chiave di lettura è tutto sommato pacifica, intorno alla natura dei patti di collaborazione si è sviluppato un vivace dibattito dottrinale inquadrabile alla stregua di tre diversi orientamenti.

In base al primo, si sarebbe al cospetto di veri e propri contratti come, del resto, dovrebbe suggerire il *nomen* "patti". L'alleanza tra amministrazione e cittadini attivi nella lotta contro la complessità dei problemi, la scarsità dei mezzi per la loro soluzione, l'aumento delle esigenze urbane sono tutti fattori che richiedono condivisione di responsabilità e risorse la quale non

potrebbe che fondarsi su originali[44] strumenti giuridici paritari[45]. Dal punto di vista formale, l'equiparazione dei patti di collaborazione ai contratti di diritto privato si basa sul riconoscimento, in capo alle amministrazioni, della titolarità di capacità giuridica generale e sull'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990[46]. Dal punto di vista sostanziale, detta equiparazione è sembrata più coerente con il tentativo di affrancare la partecipazione dei cittadini dalle logiche del diritto pubblico come modello tendenzialmente verticale[47].

Quand'anche si ritenesse la clausola di salvezza di cui al citato comma 1-*bis* – «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» – riferibile a fonti diverse dalla legge statale, tuttavia, bisognerebbe constatare che la materia contrattuale appartiene all'ordinamento civile, per cui detta norma non potrebbe legittimare un regolamento a fondare l'esistenza di contratti di diritto speciale[48]. Inoltre, è riscontrabile un'incongruenza tra finalità dei patti di collaborazione e contratti a titolo oneroso[49]. Le azioni intraprese dai cittadini attivi non devono essere rivolte a scopi lucrativi, il patto ha una causa in concreto diversa dal contratto di partenariato pubblico-privato oneroso. Ciò anche ove si consideri la visibilità ottenuta dai cittadini in questione, da non confondere con l'utile immateriale, ad esempio, derivante dall'esecuzione di un contratto di sponsorizzazione.

Un secondo orientamento si è quindi concentrato sull'art. 11 della l. n. 241/1990. Il patto, in sostanza, concluderebbe un procedimento disciplinato dai regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa[50], rivelando la propria natura di accordo atipico rientrante nell'urbanistica consensuale[51].

Si tratterebbe, nello specifico, di accordi necessitati «il cui possibile esito non matura *nel* procedimento, ma *prima* del procedimento»[52]. Si parla di accordi "necessitati" poiché la conclusione del procedimento non potrebbe che condurre alla stipula del patto senza l'alternativa del provvedimento; non perché all'amministrazione sia astrattamente precluso un diverso esito, ma in quanto «la collaborazione è intesa come fine istituzionale in sé»[53].

Un terzo orientamento, infine, propone una lettura dei patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa. Tale impostazione, che trae conferme notevoli specie nell'originaria esperienza dei regolamenti comunali[54], da un lato sottolinea le criticità legate agli indirizzi sopra illustrati, dall'altro mira a individuare una norma di legge in grado di far convivere due anime: quella autoritativa che si manifesta nell'adozione del regolamento e quella paritaria dei patti di collaborazione[55].

Sotto il primo profilo, viene in particolare rilevata l'assenza di verticalità caratteristica degli accordi *ex* art. 11 della l. n. 241/1990. La natura degli

accordi tra amministrazioni e privati sarebbe allora inconciliabile con la logica paritaria richiesta dall'amministrazione condivisa a prescindere dal fatto che i regolamenti si riferiscano, o meno, all'esercizio di attività autoritativa. Sotto il secondo profilo, l'accento è posto sull'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 che cristallizza la distinzione fra attività autoritativa e non autoritativa prevedendo, per quest'ultima, l'applicazione del diritto privato salvo diversa previsione di legge. Tale norma fornirebbe la cornice giuridica ai patti di collaborazione[56], da non confondere con manifestazioni unilaterali o consensuali di potere amministrativo riconducibili al concetto di "autorità" recepito dalla giurisprudenza costituzionale[57].

5. *Autoritatività del potere, imperatività del provvedimento e attività amministrativa di diritto privato*

Le principali obiezioni alla configurazione dei patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa attengono, sostanzialmente, alle incertezze applicative dell'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 e al significato controverso del concetto di "autoritatività"[58]. Le prime legate al travagliato *iter* che ha condotto all'approvazione della

l. n. 15/2005 cui si deve l'introduzione del suddetto comma 1-*bis*[59], le seconde riconducibili al dibattito teorico sui caratteri del provvedimento amministrativo, con particolare riguardo alla possibilità di scindere le classiche nozioni di autoritatività (o autoritarietà) e imperatività[60], l'una riferibile al potere amministrativo e l'altra al provvedimento[61].

La dottrina dominante si è condivisibilmente attestata nel senso di

riconoscere che l'imperatività rappresenta un connotato tipico di ogni provvedimento, a prescindere dal suo contenuto *lato sensu* ablatorio o ampliativo[62], ovvero dalla natura discrezionale o vincolata del potere[63]. Maggiori dubbi, che occorre affrontare al fine di sostenere la tesi dei patti di collaborazione come atti di natura non autoritativa, sono invece riscontrabili in relazione alla c.d. funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa; all'applicabilità dei principi generali riguardanti tale attività laddove l'amministrazione agisca mediante atti non autoritativi; alla natura degli accordi procedimentali e sostitutivi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990.

La prima questione è strettamente correlata al progressivo ampliamento dell'area del contratto e, più in generale, delle fattispecie consensuali come moduli alternativi all'esercizio unilaterale del potere. Alla stregua della teoria del c.d. vincolo di scopo come espressione del principio di legalità, inteso nella duplice accezione di titolo e limite dei poteri autoritativi, ma anche di strumento di indirizzo dell'amministrazione e della sua attività, non è sembrato possibile escludere che detto vincolo non coincide con l'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere[64]. Se il vincolo di scopo non coincide con l'interesse pubblico, di conseguenza, si

pongono le basi per il superamento dell'impostazione secondo cui l'intera attività amministrativa è finalisticamente orientata[65].

Che l'attività privata delle pubbliche amministrazioni non sia interamente transitata nel campo del diritto pubblico non è ragionevolmente contestabile, ma sembra, del pari, difficile disconoscere come tale attività abbia progressivamente assunto i caratteri di un'attività amministrativa di diritto privato, cessando di essere attività privata come negli atti di gestione teorizzati soprattutto nella seconda metà nel XIX secolo[66]. In tale prospettiva, si è osservato che «l'attività amministrativa secondo moduli negoziali (l'attività amministrativa di diritto privato) non può essere senz'altro accomunata all'azione giuridica dei soggetti privati (espressione dell'autonomia privata) e reca in sé sempre qualche elemento di funzionalizzazione»[67].

Il carattere di specialità dell'attività di diritto privato dell'amministrazione risponde a una tradizione consolidata[68] facilmente individuabile in materia di contratti pubblici. La fase esecutiva disciplinata dal nuovo codice, nello specifico, si caratterizza per la presenza di numerosi poteri riservati al soggetto pubblico idonei a rivelare spiccati profili di specialità discendenti dalla natura del contraente. Anche a seguito del provvedimento di aggiudicazione, con la conclusione della fase di evidenza pubblica e l'applicazione del diritto privato, sono individuabili previsioni speciali volte a integrare o sostituire quelle ordinarie[69].

Permane un'intrinseca diversità fra autonomia negoziale dei soggetti privati, tenuti a uniformarsi a criteri di meritevolezza e liceità, e di quelli pubblici. L'inciso finale «salvo che la legge disponga diversamente» di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 conferma la specialità dell'amministrazione contraente e, più in generale, l'esigenza di contemperare la flessibilità e la parità proprie degli strumenti privatistici con il necessario regime funzionalizzato dell'attività amministrativa[70]. I principi enunciati dall'art. 1 della l. n. 241/1990 – norma, invero, dedicata all'intera attività amministrativa – sono, pertanto, riferibili anche alle ipotesi in cui l'amministrazione non agisce in via autoritativa[71], ma comunque in funzione del perseguimento di un interesse pubblico[72]. E, del

resto, nel momento in cui viene sancito che i privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei suddetti principi *ex* art. 1, comma 1-*ter*, della l. n. 241/1990, è ragionevole concludere nel senso che lo stesso vale per i soggetti pubblici che operano con moduli privatistici[73].

6. *I patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa*

Resta da chiarire la questione riguardante la natura giuridica degli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento. Merita ricordare, al riguardo, che l'ambito operativo degli accordi si conforma a quello storicamente riservato non al contratto, ma al provvedimento[74]. Anziché esercitare il potere in via unilaterale, l'amministrazione può ricorrere a un *modus operandi* alternativo fondato sul consenso.

In ogni caso è riscontrabile l'esistenza di un potere, da cui discende un forte condizionamento pubblicistico della disciplina degli accordi,

sia sul piano sostanziale che della tutela. In primo luogo, l'art. 11 della l. n. 241/1990 offre molteplici dati che depongono nel senso dello statuto pubblicistico degli accordi: il necessario perseguimento dell'interesse pubblico e il riferimento alla discrezionalità; il richiamo, salvo diverse previsioni, ai soli principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, nei limiti della compatibilità; l'obbligo di motivazione[75]; l'invarianza rispetto al regime dei controlli previsti per gli accordi sostitutivi[76]; l'analogia tra il potere di recesso dell'amministrazione dall'accordo e la revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse[77]; la necessità, a garanzia dei principi di imparzialità e di buon andamento, di far precedere la stipula dell'accordo da una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento[78]. In secondo luogo, la tesi privatistica appare inconciliabile con la giurisprudenza costituzionale sui limiti entro cui il legislatore può modellare la giurisdizione esclusiva, essendosi chiarito che il ricorso agli accordi presuppone l'esistenza di un potere autoritativo in capo all'amministrazione[79].

L'amministrazione preserva la propria posizione di supremazia a dispetto della struttura (bilaterale) di un atto che «interviene a determinare consensualmente il contenuto di un provvedimento amministrativo o a regolare i rapporti economici discendenti da quest'ultimo; altre volte addirittura in sua sostituzione»[80]. In altri termini, trattasi di moduli

convenzionali di esercizio del potere rispetto ai quali non rileva l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990.

In conclusione, si possono estrapolare i seguenti risultati: se autoritativo significa espressione di autorità ed è configurabile come tale l'amministrazione che esercita un pubblico potere, allora gli accordi disciplinati dalla legge sul procedimento costituiscono atti non imperativi esercizio di un potere autoritativo; dunque l'autoritarietà è una caratteristica del potere che può manifestarsi attraverso moduli unilaterali (provvedimenti) o consensuali (accordi); anche nei casi di attività non autoritativa, le amministrazioni devono rispettare i principi di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990. A tale stregua, sono riscontrabili i seguenti caratteri essenziali dei patti di collaborazione: sul piano della struttura, si tratta di atti amministrativi non autoritativi; sul piano della funzione, i patti sono finalisticamente orientati a garantire forme di amministrazione condivisa aventi ad oggetto la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani; sul piano della formazione, i patti intervengono in risposta ad una sollecitazione dell'amministrazione o in base ad un'autonoma iniziativa dei cittadini attivi, nella cornice delineata dai regolamenti; sul piano della disciplina, l'applicazione di regole di matrice privatistica non esclude il rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa, fra cui si annoverano quelli di collaborazione e di buona fede, alquanto significativi nell'orizzonte dell'amministrazione condivisa.

SENTENZE E ATTUALITÀ

La giurisdizione contesa in materia di danno da lesione dell'affidamento incolpevole. Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, n. 20

1. *Il caso e le questioni*

L'Adunanza Plenaria 29 novembre 2021, n. 20, chiamata – tra l'altro – ad affermare un principio di diritto in materia di riparto di giurisdizione, ha reso evidente il grave contrasto con la Corte regolatrice della giurisdizione in materia di responsabilità della p.a. per lesione dell'affidamento del privato.

La controversia portata all'attenzione della Plenaria dall'ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato, 11 maggio 2021, n. 3701, si colloca nell'ambito dell'articolato dibattito intorno al danno da affidamento incolpevole, riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo successivamente annullato in sede giurisdizionale o *ex officio*.

La tematica involge rilevanti profili di natura processuale e sostanziale. Il focus delle brevi riflessioni che seguono sarà posto principalmente sugli aspetti processuali, attinenti al riparto di giurisdizione *in subiecta materia*, anche se non mancherà qualche cenno agli aspetti più critici relativi alla declinazione sostanziale della vicenda.

Vicenda che, in sede di premessa, pare utile succintamente richiamare.

L'originaria ricorrente, odierna appellata, ha acquistato un terreno cui era stata impressa una determinata destinazione edificatoria e rispetto al quale era stato rilasciato titolo edilizio in favore del dante causa della stessa, poi volturato in suo favore. Avviata l'attività edificatoria, la proprietaria del fondo confinante impugnava innanzi il TAR Marche la variante al p.r.g. unitamente al titolo edilizio, ottenendone l'annullamento, confermato dal Consiglio di Stato in sede di gravame.

Seguiva il tentativo dell'amministrazione comunale di sanare la situazione di "abusività sopravvenuta", vanificato dal ricorso per l'ottemperanza vittoriosamente esperito dalla confinante, conclusosi con declaratoria di nullità per elusione del giudicato degli atti adottati e conseguente ingiunzione di demolizione dei fabbricati.

È a questo punto che la ricorrente, nel giudizio che ha dato la stura alla pronuncia in commento, ha promosso azione di condanna al risarcimento del danno nei confronti della p.a. I danni sarebbero occorsi per l'aver confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione e del titolo edilizio, annullati dal giudice amministrativo.

Il TAR Marche, con sentenza n. 268/2020, ha accolto la domanda, ritenendo sussistenti tutti i presupposti della responsabilità dell'amministrazione comunale, non costituitasi in giudizio. Ha fatto seguito l'appello della p.a., che ha così contestato la sussistenza sia della giurisdizione amministrativa che dei presupposti per la sua condanna alla refusione dei danni.

Dopo aver dichiarato ammissibile il primo motivo di gravame, inerente al difetto di giurisdizione del g.a., la IV Sezione ha rilevato l'opportunità di rimetterne l'esame ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ritenendo indispensabile "*che sulla questione si pronunzi con la sua istituzionale autorevolezza l'Adunanza plenaria, poiché non vi sono in materia univoci orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*"[1] e ciò a prescindere dall'operatività di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, ponendosi la questione in generale anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Segue un'approfondita disamina del diritto vivente, a partire dalle note ordinanze gemelle delle Sezioni Unite del 2011[2], sul quale si avrà modo di indugiare brevemente nel prosieguo.

All'esito della complessa ordinanza, la IV Sezione ha formulato e sottoposto al Supremo Consesso tre quesiti:

"*a) se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio);*

b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo';

c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione"

Prima di passare in rassegna gli importanti principi di diritto affermati dalla pronuncia che qui si annota, pare indispensabile un preliminare esame del contesto giurisprudenziale in cui essa si colloca, anche al fine di meglio comprenderne le implicazioni di sistema.

Esaurito l'esame delle questioni affrontate nella sentenza dell'Adunanza Plenaria e svolte talune brevi osservazioni sulla stessa, si procederà con qualche considerazione di carattere più generale, sull'attuale assetto del riparto di giurisdizione, anche in una prospettiva *de jure condendo*.

2. *L'antefatto: il diritto vivente delle Sezioni Unite e la sua recezione nel dibattito dottrinario*

La materia del danno da lesione dell'affidamento[3] da parte

dell'amministrazione è stata oggetto di importanti interventi delle Sezioni Unite che, in punto di giurisdizione, hanno patrocinato un paradigma che si potrebbe definire 'pan-privatistico', a detrimento degli spazi di cognizione del giudice amministrativo, negletti anche nelle controversie ricadenti nelle materie di cui all'art. 133 c.p.a.

A inaugurare il prevalente indirizzo della Corte regolatrice della giurisdizione sono state le tre note ordinanze gemelle del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596. Pur nella diversità delle vicende controverse[4], le tre ordinanze si fondano su una comune *ratio decidendi*, sintetizzabile nei termini che seguono.

Il presupposto argomentativo delle ordinanze del 2011 è quello della

natura rimediale del risarcimento del danno[5] a fronte dell'illegittimo uso del potere amministrativo. In simili evenienze, la tutela risarcitoria si affiancherebbe (anche nell'ipotesi di autonomo esperimento dell'azione di condanna) e completerebbe quella attivata contro il provvedimento illegittimo (nel caso di interesse legittimo oppositivo) o il denegato rilascio di quello favorevole, a seguito di silenzio-inadempimento o di espresso rigetto (nel caso di interesse legittimo pretensivo), in ciò giustificandosi la devoluzione al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – delle richieste risarcitorie.

Fuori da tale paradigma – che vede attribuire alla tecnica risarcitoria una funzione "ancillare" rispetto alla tutela caducatoria dell'interesse legittimo – e cioè allorquando il privato non abbia alcuna manifestazione di potere autoritativo contro cui rivolgere iniziative processuali, non potrebbe che sussistere la giurisdizione ordinaria. In simili evenienze si rimprovererebbe alla p.a. non un illegittimo uso del potere, consumato con sacrificio dell'interesse legittimo del privato, ma un comportamento colposamente

scorretto, lesivo di un diritto soggettivo la cui tutela non può che essere affidata al giudice ordinario, avendo, "*in base agli artt. 103 e 113 Cost., il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa… giurisdizione per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione*".

E dunque, a fronte di un atto ampliativo illegittimo poi annullato, il privato vanterebbe un diritto soggettivo, poiché tale atto illegittimo, ormai posto nel nulla, continuerebbe a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi amministrativi, integrando (assieme ad altri presupposti) un fatto illecito violativo del principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.

La presa di posizione delle Sezioni Unite, evidentemente mossa da un intento limitativo degli spazi cognitori del giudice amministrativo, ha suscitato un vivace dibattito dottrinario, seguito da un atteggiamento non univoco della giurisprudenza successiva, compresa quella delle stesse Sezioni Unite.

I numerosi contributi dottrinari sulle ordinanze del 23 marzo 2011[6] presentano sfumature che non impediscono, tuttavia, di isolare alcune tendenze di fondo.

Per la prima[7], il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite "*giunge a conclusioni che, nell'attuale quadro normativo, sono sostanzialmente*

condivisibili"[8]. L'orientamento espresso avrebbe avuto il merito di ribadire "*un principio di civiltà giuridica non estraneo al nostro sistema ordinamentale: se la pubblica amministrazione genera affidamenti incolpevoli per il tramite di atti autoritativi ampliativi poi rilevatisi invalidi con conseguente necessario arresto di una avviata condotta materiale del privato (costruzione manufatti, esecuzione di un contratto previa procedura di affidamento ecc.), i pregiudizi da quest'ultimo sofferti sono meritevoli di tutela risarcitoria avanti il giudice ordinario* ex *art. 2043 c.c. secondo le regole di diritto comune*"[9]. Si è osservato poi, che in tal modo, le Sezioni Unite avrebbero introdotto "*un freno alla retorica della concentrazione della tutela 'a senso unico' che talora ha caratterizzato alcuni arresti della giurisprudenza*"[10].

Non mancano però opinioni contrarie[11], espresse in particolare dalla dottrina amministrativistica, nel duplice senso di contestare per un verso il diniego di un collegamento mediato con l'esercizio del potere, idoneo a giustificare l'attribuzione di simili controversie al g.a. in sede esclusiva e, per altro profilo, la conclusione per cui la lesione dell'affidamento possa essere qualificato in termini di diritto soggettivo, con conseguente riserva al giudice ordinario di tutte le domande risarcitorie connesse alla lesione dell'affidamento incolpevole.

Con riferimento alle critiche appuntate in ordine all'esclusione della giurisdizione esclusiva si segnala il possibile *vulnus* all'effettività e alla concentrazione della tutela, rilevando che l'atto ampliativo "*giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità*"[12].

Ancor più radicali le repliche di chi contesta la stessa qualificazione in termini di diritto soggettivo operata dalle Sezioni Unite, venendo in rilievo la pretesa al corretto svolgimento dell'attività della p.a. che non può che assumere la veste dell'interesse legittimo[13]. Valorizzando l'elaborazione tradizionale dell'interesse legittimo quale situazione relazionale[14] si evidenzia che tale situazione può essere lesa anche da un atto favorevole, se illegittimo. E difatti, "*la circostanza che un provvedimento favorevole normalmente non arrechi di per sé un danno è profilo che attiene alla tematica del danno, ma non pare corretto arguire che, ove manchi il danno, non si possa neppure configurare una lesione della situazione soggettiva di interesse legittimo*"[15]. Le ordinanze del 2011, poi, disvelerebbero la difficoltà di fondo che emerge innanzi all'interesse legittimo pretensivo, relativa al "*rapporto fra la posizione soggettiva dell'interesse legittimo e la lesione del 'bene della vita'*"[16]. Ad essere criticato è anche il binomio 'verifica della legittimità del provvedimento – giurisdizione amministrativa'[17]. Mancante tale verifica, verrebbe meno anche la giurisdizione del g.a.; in ciò però le Sezioni Unite sembrerebbero essersi ritagliate "*un nuovo spazio in tema di vertenze risarcitorie per lesione di interessi legittimi*"[18].

Più in generale, nelle ordinanze gemelle si è intravista una riapertura della "*guerra di giurisdizione sulla tutela risarcitoria nei rapporti di diritto pubblico*"[19]. In questo senso, errata sarebbe la qualificazione in termini di comportamento mero del provvedimento annullato, qualificazione fondata "*a partire dal dato dinamico dell'avvenuto annullamento, come se ciò consenta, per trasformismo giuridico, di astrarre* a posteriori *la vicenda dalla*

sua originaria ambientazione nell'esercizio del potere"[20].

Ma la giurisdizione del giudice amministrativo andrebbe affermata anche fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva, dovendosi ritenere incluso nell'interesse legittimo anche l'aspettativa in ordine alla legittimità del provvedimento ampliativo; aspettativa che costituisce una mera sfaccettatura di un rapporto che rimane nell'alveo dell'esercizio del potere amministrativo, regolato dal diritto pubblico[21].

Al variegato panorama dottrinario ha fatto seguito un composito quadro della giurisprudenza.

Nel medesimo formante giurisprudenziale delle Sezioni Unite è possibile individuare talune pronunce – per vero minoritarie rispetto all'indirizzo inaugurato nel 2011 – che hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

È il caso della pronuncia delle Sezioni Unite n. 8057/2016, con cui la Suprema Corte ha valorizzato gli elementi di continuità della vicenda caratterizzata dall'atto ampliativo favorevole, legittimamente annullato, e dalla successiva richiesta risarcitoria, rilevando come "*l'azione amministrativa illegittima – composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi – non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione*"[22], concludendo, dunque, per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a.

Si discosta altresì dall'orientamento maggioritario l'ordinanza n. 13194/2018[23], nella quale si evidenzia come i principi di diritto affermati dall'opposto indirizzo non possono trovare applicazione ove non sia intervenuto alcun provvedimento ampliativo illegittimo. Come si avrà modo di chiarire a breve, sembrerebbe proprio il superamento della

delimitazione apportata dall'appena citata ordinanza ad aver innescato la reazione del giudice amministrativo, poi culminata nella pronuncia che qui si commenta.

Eccettuate le ordinanze di cui sopra, prevalenti risultano i pronunciamenti della Corte regolatrice in linea con i precedenti del 2011[24].

Tra questi, di particolare rilevanza è l'ordinanza del 4 settembre 2015, n. 17586[25]. Chiamata a pronunciarsi anche in questo caso *ex* art. 41 c.p.c., la Suprema Corte ribadisce che, anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, nelle ipotesi in cui si faccia questione di risarcimento per lesione dell'affidamento a seguito di annullamento di un precedente provvedimento ampliativo illegittimo, non verrebbe in rilievo una controversia relativa all'esercizio del potere amministrativo, idonea a radicare la giurisdizione esclusiva del g.a.

Ad assumere rilievo sarebbe, ad avviso delle Sezioni Unite, "*l'attitudine del pregresso esercizio del potere siccome sfociato nel provvedimento illegittimo a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento del privato beneficiario nella permanenza della situazione di vantaggio. La questione riguarda, dunque, l'apprezzamento del comportamento tenuto dalla p.a.*"[26].

Ma la portata innovativa dell'ordinanza si rinviene soprattutto nello sforzo profuso nell'identificazione della situazione giuridica soggettiva posta alla base della domanda risarcitoria. Le Sezioni Unite si confrontano con il vivace dibattito dottrinario sorto a seguito dell'arresto del 2011, favorevole ad individuare nel caso di specie non già la lesione dell'affidamento quale autonoma situazione soggettiva, quanto una sfaccettatura dell'originario interesse legittimo pretensivo, data dall'interesse al corretto svolgimento dell'*agere* amministrativo. Dopo aver replicato alle contrarie voci della dottrina, viene ribadito che se il provvedimento ampliativo è illegittimamente emesso, anche l'interesse legittimo viene soddisfatto illegittimamente, sicché la successiva rimozione dell'atto non andrebbe

a incidere su tale interesse. Il provvedimento rileverebbe come fatto costitutivo della più complessa fattispecie integrativa dell'incolpevole affidamento. All'esito di tale ragionamento, le Sezioni Unite affermano dunque che ciò che l'amministrato "*denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio*"[27].

All'importante arresto che si è brevemente richiamato va sicuramente riconosciuto il merito di aver intrapreso un dialogo con la dottrina critica nei riguardi delle ordinanze del 2011, sforzandosi di individuare effettivamente la situazione giuridica soggettiva che verrebbe in rilievo, al fine, da un lato, di escludere la giurisdizione generale di legittimità e, dall'altro, mediante la conferma del declassamento a mero comportamento del precedente esercizio del potere, di rendere impraticabile la strada della giurisdizione esclusiva. Ciò, però, a costo di fare ricorso a una figura – quella del diritto all'integrità patrimoniale – della cui effettiva consistenza giuridica, specie sotto il profilo dell'ingiustizia[28] del danno, autorevolmente in dottrina si dubita[29].

Tra l'altro, alla luce della lenta evoluzione circa il significato da attribuire alla clausola dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. – specie dopo la fondamentale pronuncia n. 500/1999 – sembra ormai non indispensabile – in un quadro che riconosce tutela aquiliana a chance, aspettative, situazioni possessorie, diritti relativi e interessi legittimi – la previa individuazione di un diritto soggettivo ai fini dell'accoglimento della richiesta risarcitoria[30].

Si giunge così al 2020 con un quadro che può essere sintetizzato nel senso dell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario nei casi di provvedimento favorevole poi annullato dal g.a. o dalla p.a., mentre in ipotesi di mancato esercizio del potere, sulla scorta dell'ordinanza 13194/2018, andrebbe affermata la giurisdizione amministrativa.

È in tale contesto che interviene l'ordinanza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2020, n. 8236[31], con la quale la Corte regolatrice afferma che i principi di cui alle ordinanze gemelle del 23 marzo 2011 si applicano "non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento

amministrativo sia stato emanato”[32].

Del resto, stante la premessa teorica della “degradazione” del provvedimento a mero comportamento, nel ragionamento delle Sezioni Unite la distinzione tra esercizio del potere rimosso – rilevante solo in punto di fatto – e mancato esercizio del potere non poteva che venir meno, unificando il riparto di giurisdizione in materia di lesione dell’affidamento incolpevole, a discapito di quella amministrativa.

Nel caso portato all’attenzione delle Sezioni Unite nel 2020, l’amministrazione non ha rilasciato alcun provvedimento ampliativo della sfera giuridica del preteso danneggiato, il quale ha prospettato la lesione dell’affidamento ingenerato dal complessivo comportamento tenuto dall’amministrazione comunale, nella prolungata delibazione della sua istanza, volta al rilascio di un provvedimento favorevole.

Ricapitolando brevemente l’itinerario motivazionale delle ordinanze gemelle del 2011, le Sezioni Unite del 2020 offrono una lettura dell’esercizio del potere che definire artificiosamente frazionata pare eufemistico.

Osserva il Supremo Collegio che la lesione vantata dal privato discenderebbe “non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l’esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell’amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale ma a responsabilità”[33]. Con evidente eterogenesi dei fini, le Sezioni Unite richiamano quanto affermato “perspicuamente”[34] dall’Adunanza Plenaria nella fondamentale sentenza del 4 maggio 2018, n. 5, ove il Supremo Consesso di giustizia amministrativa – nell’ambito di un articolato argomentare – ha osservato come “non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”[35]. Intento della Plenaria, per vero, era quello di evidenziare come all’interno del procedimento amministrativo “regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano… in sequenza temporale (prima le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso

di rispettiva violazione"[36]. Sembrerebbe invece che, ad avviso delle Sezioni Unite, l'operatività di principi di derivazione civilistica sia idonea ad obnubilare il complessivo scenario pubblicistico in cui le vicende esaminate pur sembrerebbero collocarsi[37].

Ma come opportunamente osservato da attenta dottrina – proprio con riferimento alle ordinanze del 2011 – sulle orme della più risalente giuspubblicistica, "taluni istituti sono civilistici soltanto nel senso che in quel contesto hanno avuto, storicamente, la loro prima elaborazione, non cioè che siano propri del diritto civile, bensì che appartengono al diritto senza ulteriori qualificazioni. L'affidamento è appunto un principio generale del diritto tout court e fisiologicamente si inserisce non meno all'interno del sistema pubblicistico, come dimostra, ad es., ai fini della tutela costituiva, il regime tradizionale dei presupposti degli atti di autotutela"[38].

Le Sezioni Unite proseguono il ragionamento confrontandosi con quanti evocano, a favore della giurisdizione amministrativa, gli artt. 7, comma 1 e 30, comma 2, c.p.a.

Con riguardo alla prima disposizione, che chiaramente fa riferimento alle controversie relative all'esercizio e al mancato esercizio del potere, riguardanti non solo i provvedimenti, gli atti e gli accordi ma anche i "comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere", la Suprema Corte pare costretta alla tautologia, limitandosi a ribadire – senza però effettivamente dimostrare – che in caso di lesione dell'affidamento non sussisterebbe alcun collegamento, neppure mediato, col potere, richiamando a favore dell'apodittica conclusione nuovamente gli importanti enunciati della Plenaria n. 5/2018.

Quanto all'art. 30, comma 2, c.p.a., dopo aver ripercorso nei punti salienti le note sentenze della Consulta nn. 204/2004 e 191/2006, le Sezioni Unite ritengono che – affinché la controversia risarcitoria possa essere conosciuta in sede esclusiva – la *causa petendi* debba radicarsi nelle modalità di esercizio del potere, circostanza che farebbe difetto nei casi

esaminati dalle ordinanze del 2011 e dalle stesse Sezioni Unite nel caso posto alla loro attenzione *ex* art. 41 c.p.c.

L'ordinanza prosegue con un'attenta opera di chiarificazione dei contorni della situazione soggettiva lesa. Richiamando quasi testualmente autorevole dottrina[39], le Sezioni Unite specificano che a venire in rilievo non è l'affidamento legittimo ma quello incolpevole.

Il primo, che si rinverrebbe plasticamente nella disciplina di cui all'art. 21-nonies legge 241/1990, prescinderebbe dal sostrato soggettivo della condotta dell'amministrazione e degli amministrati. Esso, difatti, appresterebbe una tutela preventiva al privato, inserendosi nella trama degli interessi oggetto di ponderazione discrezionale. Se tale affidamento dovesse risultare prevalente rispetto agli altri interessi, la p.a. non potrebbe legittimamente procedere all'emanazione del provvedimento d'annullamento. L'affidamento legittimo riprodurrebbe dunque i caratteri dell'interesse legittimo, fondando la pretesa alla considerazione del proprio interesse nel bilanciamento sulla sorte dell'atto oggetto del procedimento di secondo grado[40].

Quello incolpevole, invece, non si accompagnerebbe in via generale e astratta all'adozione dell'atto favorevole, sussistendo al contrario sulla base delle circostanze del caso concreto. Di qui la rilevanza del requisito soggettivo: il privato deve poter aver confidato incolpevolmente sulla stabilità di quella situazione favorevole. Alla fiducia sulla stabilità di tale assetto deve aver fatto seguito la delusione e, con essa, le conseguenze pregiudizievoli che dalla complessiva vicenda sono occorse.

A questo punto molto opportunamente le Sezioni Unite ritengono di dover superare i richiami alla figura del diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio, risultando un tale diritto privo di consistenza autonoma e "risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto"[41]. La situazione giuridica soggettiva lesa dovrebbe dunque identificarsi nell'affidamento del privato riposto nella correttezza dell'azione amministrativa.

Segue la disamina dei momenti di emersione del principio dell'affidamento sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che

nella legislazione interna, con particolare riguardo ai referenti normativi evincibili dalla trama della legge n. 241/1990.

È a questo punto che le Sezioni Unite ritengono di dover "mettere a fuoco con precisione la natura della responsabilità che sorge in capo alla pubblica amministrazione per effetto della lesione dell'affidamento del privato"[42], optando per il paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato[43]. La responsabilità della p.a. non potrebbe essere identificata con quella del passante, sorgendo in un contesto relazionale intriso di obblighi preesistenti. Concludono estendendo con *argumentum a fortiori* le conclusioni in punto di giurisdizione fatte proprie nel 2011 anche al caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato. In realtà, come attentamente rilevato in dottrina[44], pur nella formale adesione alle ordinanze gemelle del 2011 si scorge una sensibile divaricazione da quegli arresti e dai successivi adesivi, i quali si fondavano chiaramente sulla qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità da lesione dell'affidamento. Il punto di convergenza è chiaramente quello della negazione della giurisdizione amministrativa.

Il risultato pratico del cammino avviato nel 2011 e culminato nell'arresto del 2020[45] è quello di rimettere alla cognizione del giudice ordinario ogni controversia in cui si faccia questione di lesione dell'affidamento del privato da parte dell'amministrazione e ciò, tanto in presenza di un provvedimento favorevole annullato, quanto in assenza di qualsivoglia espressione di potestà autoritativa tradottasi in atto.

La dottrina ha esaminato l'ordinanza del 2020 sia sul piano civilistico – per le importanti affermazioni in punto di contatto sociale – sia su quello pubblicistico inerente al riparto di giurisdizione e alle questioni ad esso correlate.

Con riferimento a quest'ultimo angolo visuale le note critiche prevalgono su quelle adesive[46]. Alcuni hanno messo in guardia sugli effetti distorsivi in punto di disincentivo alla partecipazione procedimentale[47]. Altri, non dissuasi dalle argomentazioni della Suprema Corte, hanno criticato l'asfittica nozione di comportamento riconducibile anche mediatamente all'esercizio del potere patrocinata nell'arresto, nonché la poco convincente trasformazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo per la mera rilevanza dei canoni civilistici dell'affidamento, della correttezza e della buona fede[48]. Non manca poi chi pone in evidenza che il problema origina dall'idea di fondo della concezione rimediale del risarcimento del danno e invita a una valorizzazione della portata precettiva dell'art. 7 c.p.a.[49]. Infine,

è stato osservato come nell'approccio al tema del riparto, le Sezioni Unite abbiano occultamente e nei fatti impiegato il criterio della prospettazione, pur rimanendo fedeli a quello del c.d. petitum sostanziale[50].

Svolte queste necessarie riflessioni introduttive sul contesto giurisprudenziale e sulla sua recezione ad opera della dottrina, è ora possibile l'esame degli sviluppi intervenuti nella giurisprudenza amministrativa.

3. *La reazione di Palazzo Spada. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria*

La reazione dei giudici di Piazza Capo di Ferro non si è lasciata attendere.

Con le ordinanze di rimessione nn. 2013, 2753 e 3701, le Sezioni II e IV del Consiglio di Stato hanno sollecitato l'intervento dell'Adunanza Plenaria, pronunciatasi con le sentenze nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021.

Le tre ordinanze di rimessione sembrano aver raccolto l'invito di quanti, commentando le ordinanze gemelle del 2011, stimolavano il giudice amministrativo ad operare una riqualificazione pubblicistica dei rapporti, impegnandosi "*su una più corretta ambientazione pubblicistica delle forme di tutela riguardanti i rapporti di diritto pubblico, piuttosto che*

lasciar correre qualificazioni privatistiche per poi proporsi impropriamente come giudice 'civile' di tali rapporti"[51].

In questa sede pare utile svolgere qualche considerazione sull'ordinanza che ha dato la stura all'intervento nomofilattico che qui si commenta[52].

La Sezione rimettente, dopo un'approfondita disamina dei diversi orientamenti giurisprudenziali, ritiene che sulla controversia dovrebbe decidere il giudice amministrativo ai sensi degli articoli 7 e 133 c.p.a., non condividendo il contrapposto indirizzo nei suoi presupposti sostanziali e processuali.

L'ordinanza valorizza il carattere relazionale dell'interesse legittimo pretensivo e ritiene artificioso frapporre, nel rapporto tra privato e amministrazione, una situazione giuridica ulteriore, fondata sulla violazione del principio del *neminem laedere* o su quella dei doveri derivanti dal contatto sociale qualificato[53].

La IV Sezione, per giustificare la sussistenza dell'interesse legittimo pretensivo a seguito dell'annullamento dell'atto ampliativo, non si rifà però a quanti, in dottrina, hanno rilevato[54] come tale interesse risulti leso tanto dall'illegittimo diniego del provvedimento favorevole quanto dall'altrettanto illegittimo rilascio dello stesso, elaborando quella che sembrerebbe una sorta di 'teoria della degradazione rovesciata'.

Si assisterebbe, dunque, a una dinamica delle situazioni soggettive secondo cui all'originario interesse legittimo pretensivo si sostituirebbe un diritto soggettivo, sorto grazie al provvedimento favorevole. L'eliminazione di quest'ultimo dal mondo giuridico estinguerebbe il diritto soggettivo, lasciando nuovamente il posto a un interesse legittimo pretensivo che nascerebbe insuscettibile di soddisfazione, per l'impossibilità di conseguire il bene della vita cui sin dall'inizio si aspirava, stante l'accertata non spettanza.

Come si avrà modo di illustrare *infra*, la strada percorsa dall'Adunanza Plenaria 20/2021 è diversa, sgombera da ogni riferimento a meccanismi di degradazione o reviviscenza delle situazioni giuridiche soggettive[55].

Sulla base dell'argomentare così sintetizzato, la Sezione rimettente giunge alla conclusione che il privato sia titolare di un interesse legittimo e che la pretesa risarcitoria troverebbe ragione nelle censure rivolte alle modalità di esercizio del potere, sicché, si tratterebbe sotto i profili soggettivi, oggettivi e funzionali di controversie riconducibili alla giurisdizione amministrativa, per come delineata all'art. 7 c.p.a.

4. *La risoluzione della questione di giurisdizione*

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato risolve la questione di giurisdizione in favore di quella amministrativa, tanto nelle materie di giurisdizione esclusiva quanto in sede di giurisdizione generale di legittimità.

La motivazione prende le mosse dai fondamentali arresti del giudice costituzionale (cfr. sentenze nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007), 'legificati' dal disposto dell'art. 7 c.p.a., con i quali sono stati delineati i limiti alla discrezionalità del legislatore nell'attribuzione di "particolari materie" alla giurisdizione esclusiva del g.a.

Segue poi quello che può essere letto come il perno argomentativo su cui la soluzione della questione si regge, laddove la Plenaria ritiene che l'affidamento non sarebbe una situazione soggettiva autonoma e distinta dai diritti e dagli interessi, potendo ad essi alternativamente riferirsi[56].

L'Adunanza, pur riconoscendo che la sensibilità nei confronti dell'affidamento si deve in origine all'elaborazione civilistica, rileva, tuttavia, come lo stesso abbia assunto ormai il ruolo di principio (non già situazione giuridica soggettiva) regolatore di ogni rapporto giuridico, inclusi quelli di diritto amministrativo: con ciò richiamando un importante precedente della VI Sezione[57], ove il Consiglio di Stato aveva rilevato l'idoneità dell'affidamento a fondare la costituzione di particolari rapporti o situazioni giuridiche[58], potendo tradursi nell'ambito del diritto pubblico

nell'aspettativa del cittadino alla legittimità dell'atto ampliativo che, ove frustrata, può essere fonte di responsabilità per la p.a.

La pronuncia procede dunque a rilevare come si verta in ipotesi di giurisdizione amministrativa allorquando l'affidamento che viene in rilievo si appunti sulla stabilità del rapporto amministrativo "*costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e* a fortiori *quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva*"[59]. Non verrebbe difatti in rilievo un comportamento mero ma una vicenda che si inscrive nell'esercizio del potere, disciplinato da regole speciali che connotano l'*agere* autoritativo della p.a.

Ad assumere rilevanza, dunque, sulla scorta della richiamata giurisprudenza costituzionale, sarebbe l'operato dell'amministrazione-autorità, rispetto al quale la relazione con il privato si fonda sulla dinamica relazionale potere-interesse legittimo, che la Costituzione affida *naturaliter* alla cognizione del giudice amministrativo.

Non sarebbe possibile, in tale contesto, l'interposizione di un diritto soggettivo avente ad oggetto l'affidamento, idoneo a radicare la giurisdizione ordinaria. La stabilità del provvedimento e del rapporto giuridico di diritto amministrativo inerirebbe dunque all'interesse legittimo. Ipotizzare la degradazione del provvedimento favorevole annullato a mero fatto sarebbe operazione ermeneutica priva di base testuale nell'art. 7, comma 1, c.p.a., disposizione dalla quale non è possibile ritenere che la domanda risarcitoria attribuita alla cognizione del g.a. sia limitata all'ipotesi di danno da provvedimento sfavorevole illegittimo.

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, una conferma delle conclusioni in punto di giurisdizione si trarrebbe dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1, legge n. 241/1990, inserito dal d.l. n. 76/2020 (convertito con modificazioni dalla l. 120/2020), c.d. d.l. Semplificazioni, in base al quale i rapporti tra privati e pubblica amministrazione sono informati ai principi di buona fede e collaborazione. La novella avrebbe positivizzato principi già ricavabili dall'art. 97, comma 2, Cost., disvelando come il procedimento assurga a sede privilegiata per la composizione del conflitto tra gli interessi

pubblici e privati rilevanti nella concreta vicenda della vita di relazione. Collaborazione e buona fede opererebbero in via bilaterale, senza che ciò possa obliterare la qualificazione in termini pubblicistici della relazione tra privato e cittadino "*sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti*"[60]. Simili doveri comportamentali e obblighi di protezione, tuttavia, lungi dall'assurgere ad autonome situazioni soggettive, andrebbero letti come posti "*a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza*"[61].

Portando a compimento quanto rilevato al §5, e cioè della possibilità di ricollegare l'affidamento tanto ai diritti soggettivi, quanto agli interessi legittimi, la Plenaria ribadisce che la violazione del dovere di correttezza da parte della p.a., incidente sul principio di affidamento, non può che ledere la situazione soggettiva del privato che effettivamente assume rilievo nella dinamica di esercizio del potere, l'interesse legittimo.

A riprova della bontà delle conclusioni cui giunge, la Plenaria richiama il precedente n. 6/2005, con il quale il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha affermato la giurisdizione amministrativa nell'ambito di una controversia relativa al risarcimento chiesto a titolo di responsabilità precontrattuale, dall'aggiudicataria di una procedura di evidenza pubblica a seguito della revoca legittima della gara. Segue l'affermazione – sulla quale si avrà modo di soffermarsi *infra* – in base alla quale il risalente precedente disvelerebbe l'operatività autonoma e su piani distinti delle regole di legittimità amministrativa, la cui violazione incide sulla validità del provvedimento, e quelle di correttezza che, se violate, comportano il sorgere della responsabilità dell'amministrazione. Si richiama anche la più volte citata sentenza n. 5/2018, con la quale l'Adunanza Plenaria ha scisso la risarcibilità del danno da illecito precontrattuale e il giudizio sulla spettanza del bene della vita finale. Ciò dimostrerebbe l'autonomia dei due ordini di regole – di validità e di comportamento – all'interno della quale verrebbe in rilievo l'affidamento del privato, proiettato sia sulla positiva conclusione del procedimento sia nel caso in cui, pur a fronte di un legittimo diniego del bene della vita, l'amministrazione abbia suscitato,

con il suo comportamento, una ragionevole aspettativa sull'esito favorevole della vicenda procedimentale.

Da qui l'affermazione conclusiva in base alla quale "*è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i 'comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni'; ed inoltre che 'nelle particolari materie indicate dalla legge' di giurisdizione esclusiva… essa si manifesta 'attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela', anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione*"[62].

5. *Alcune osservazioni sui principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria*

Così brevemente esposto l'*iter* argomentativo con il quale la Plenaria ha deciso la questione di giurisdizione deferita dalla IV Sezione, si procederà con qualche breve considerazione.

In via preliminare occorre osservare che, nell'attuale assetto ordinamentale, dal combinato disposto degli artt. 111, commi 7 e 8 Cost., 360, n. 1 e 374 c.p.c., 111 c.p.a., 65 ord. giud., emerge chiaramente come la funzione nomofilattica in tema di riparto di giurisdizione – e dunque di perimetrazione degli ambiti di ciascun plesso in cui si articola l'unità funzionale del sistema giurisdizionale – sia devoluta alle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, a conferma della scelta di fondo operata agli albori del sistema di giustizia amministrativa con la legge 31 marzo 1877, n. 3761 (c.d. legge sui conflitti)[63].

Si può dunque comprendere come la posizione nella quale la Sezione rimettente ha posto la Plenaria non fosse – quanto meno dal punto di vista istituzionale – delle più semplici, considerato l'alto rischio che le Sezioni Unite possano procedere alla smentita dei principi di diritto affermati in punto di giurisdizione dalla pronuncia n. 20/2021, adottata dalla Plenaria "*con la sua istituzionale autorevolezza*". Del resto, la Plenaria è sicuramente consapevole di un simile rischio. Essa, difatti, conclude l'analisi della questione di giurisdizione rilevando il "*possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato… con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice*", osservando che esso "*potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione*", invitando però la Sezione rimettente – a cui la causa è stata restituita per la prosecuzione del giudizio – a osservare l'affermato principio (salva nuova rimessione) *ex* art. 99 c.p.a.[64]

Il rischio dell'ennesima guerra tra Corti, dunque, è tutt'altro che remoto[65].

Venendo ora alle considerazioni relative alla risoluzione della questione di giurisdizione, l'incedere argomentativo della sentenza pare, nel complesso, largamente condivisibile, apprezzandosi per linearità e logicità.

Viene in rilievo, in primo luogo, l'affermata giurisdizione del g.a. nelle materie ad esso devolute in via esclusiva. Su questo crinale la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è mai riuscita convincentemente a chiarire fino in fondo in base a quale meccanismo giuridico l'effetto caducatorio *ex tunc*[66]

riconosciuto all'annullamento del provvedimento sia idoneo a degradare tale atto di esercizio (seppur illegittimo) di potere a comportamento mero.

Sul punto è bene ricordare che con tale espressione la Consulta chiaramente intendeva quelle ipotesi "*nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere*"[67]. Tale essendo la matrice concettuale che ha ispirato l'attuale formulazione dell'art. 7 c.p.a., la giurisprudenza prevalente delle Sezioni Unite – con evidente torsione testuale e concettuale – finisce per intendere per "mero comportamento" qualcosa di profondamente diverso dal significato ricavabile alla luce di un'interpretazione sistematica delle disposizioni rilevanti, senza però dirlo apertamente e anzi dichiarando formale adesione alla giurisprudenza costituzionale. Così procedendo, il diritto vivente della Corte regolatrice opera una parcellizzazione arbitraria di una complessiva vicenda di manifestazione del potere, al fine di ricondurre quel che era (e resta) un atto di (illegittimo) esercizio di tale potere a un comportamento, per giunta non riconducibile – neppure mediatamente – a detto esercizio. Sembra evidente che il provvedimento illegittimo sia espressione del potere tanto quanto quello legittimo. L'atto provvedimentale, difatti, non è in alcun modo riconducibile a una delle ipotesi in cui la p.a. non esercita il potere, essendo manifestazione tipica dell'*agere* autoritativo dell'amministrazione.

Il ragionamento della Plenaria, all'evidenza maggiormente adesivo al dato testuale dell'art. 7 c.p.a. e alla giurisprudenza costituzionale che ne ha ispirato la lettera[68], consente dunque di affermare la giurisdizione amministrativa in quelle "*particolari materie indicate dalla legge*" attribuite in via esclusiva alla sua cognizione, non venendo in rilievo il criterio di

riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Questo risultato ermeneutico, sicuramente condivisibile, era del resto auspicato dalla stragrande maggioranza della dottrina amministrativistica[69], la quale non ha mancato di sottolineare la forzatura dell'esclusione della giurisdizione amministrativa, quanto meno nelle ipotesi di cui all'art. 133 c.p.a.

Ma l'Adunanza si spinge oltre, ritenendo che nelle controversie della tipologia di quelle poste alla sua attenzione la giurisdizione del giudice amministrativo possa essere affermata anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva e ciò sulla base del criterio di riparto *ex* artt. 24 e 103, Cost., fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo.

Anche tale statuizione è da accogliere favorevolmente.

Non va dimenticato che il contesto giurisprudenziale in cui la sentenza che qui si annota si colloca sembra caratterizzato da una tendenza a rinvenire situazioni giuridiche soggettive, senza tuttavia un previo effettivo riscontro, sul piano positivo, del ricorrere di una posizione differenziata. Esemplificative le oscillazioni in termini di (fantomatico) diritto all'integrità del patrimonio, di affidamento inteso come diritto soggettivo o come nuova e autonoma situazione soggettiva.

In questo ordine di idee l'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembrerebbe cogliere con maggior rigore metodologico l'essenza dell'affidamento, quale principio generale dell'ordinamento[70] e, perciò, comune al diritto privato e a quello pubblico e dal quale possono derivare spazi di tutela indifferentemente inerenti a diritti soggettivi o interessi legittimi, a seconda della posizione sostanziale concretamente rinvenibile.

E difatti, può dirsi ormai acquisita l'operatività del principio di buona fede e correttezza anche nel diritto pubblico e ciò senza che sia possibile limitarne la portata all'agire privatistico e paritetico dell'amministrazione, la quale è vincolata dalla buona fede anche – e forse *a fortiori* – quando agisce in veste di autorità[71], secondo i propri paradigmi procedimentali e

provvedimentali.

In altre parole, la presenza e la spendita del potere non può essere ridotta a comportamento mero, primo anello della catena causale che ha determinato l'illecito, senza con ciò disconoscere le specificità – e perché no la specialità – del rapporto giuridico amministrativo[72].

Se vi è esercizio, anche mediato, di potestà pubblica, rivolta alla cura dell'interesse pubblico, la relazione con il privato non può che essere governata dalla dinamica relazionale potere/interesse legittimo. Al contrario, ove la p.a. si relazioni sul piano sostanziale come farebbe un qualsiasi altro consociato, allora l'atteggiamento colposamente lesivo del principio dell'affidamento non potrà che incidere sulla trama dei diritti e dei doveri reciprocamente incombenti su due soggetti dell'ordinamento che si interfacciano in un contesto paritario e, dunque, con lesione del diritto soggettivo.

Poiché nel caso di provvedimento favorevole poi annullato è innegabile che la fiducia sia tradita nell'ambito di una relazione in cui l'amministrazione non spende la sua capacità negoziale di diritto comune ma la situazione giuridica soggettiva di potere amministrativo[73], non può che concludersi che la situazione lesa dalla violazione del principio di affidamento sia l'unica che concretamente possa dialogare col potere, e cioè l'interesse legittimo[74].

La circostanza che in un primo momento tale interesse sia stato soddisfatto non assume rilievo, se non nel senso che tale non dovuta e illegittima soddisfazione possa aver contribuito al radicamento di una aspettativa di stabilità sull'assetto d'interessi predisposto per mezzo di quella vicenda di esercizio del potere.

Occorre a questo punto chiedersi se i principi di diritto autorevolmente affermati siano da limitare al contenzioso in materia di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato o se possano essere estesi anche alle questioni di cui le Sezioni Unite si sono occupate con l'ordinanza n. 8236/2020 e, cioè, più in generale per quanto riguarda il danno da

lesione dell'affidamento.

Il *thema decidendum* era ovviamente relativo all'annullamento di un precedente provvedimento favorevole. La Plenaria, dunque, non affronta il tema in un'ottica più ampia, involgente il generale profilo della lesione dell'affidamento *tout court* inteso. Nonostante ciò, la valorizzazione dell'ambiente relazionale in cui si svolge il confronto tra privato e p.a., caratterizzato dal fatto che quest'ultima è chiamata a spendere i propri poteri autoritativi, milita a favore dell'estensione della soluzione in tema di riparto di giurisdizione anche a quelle ipotesi – esaminate da Sez. Un. n. 8236/2020 – in cui un provvedimento favorevole sia in effetti mancato, nonostante il complessivo comportamento dell'amministrazione potesse far ragionevolmente sperare nella sua emanazione.

Nel caso di mancata adozione di un provvedimento nell'ambito di una complessiva vicenda procedimentale, volta all'ottenimento di un atto ampliativo, il privato comunque dialoga e si relaziona col potere pubblico in ragione della titolarità di un interesse legittimo.

La relazione non è paritetica ma connotata dall'*agere* autoritativo della p.a. che l'istante vorrebbe orientato a suo favore, al fine di soddisfare l'interesse legittimo pretensivo di cui è portatore. In caso di mancata adozione del provvedimento favorevole, ad essere frustrato risulta proprio quell'interesse legittimo pretensivo fatto valere con l'istanza propulsiva della sequela procedimentale. Anche in queste ipotesi, dunque, il principio di affidamento si inserisce in un contesto autoritativo in cui il dialogo tra privato e amministrazione è animato dalla dinamica interesse legittimo/potere amministrativo.

La generalizzazione dei principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria anche alle controversie della tipologia esaminata dalle Sezioni Unite nel 2020 consente di superare, ad avviso di chi scrive, l'insostenibile idea che, mancando il provvedimento, sicuramente difetti il potere e, con esso, l'interesse legittimo.

Contrariamente, il consolidamento della posizione delle Sezioni Unite potrebbe condurre a una ripresa di quelle posizioni che vedevano nel solo provvedimento lesivo il fatto genetico dell'interesse legittimo[75], come se la fase precedente (il contatto procedimentale) non avesse alcun rilievo[76].

Affermata la natura sostanziale dell'interesse legittimo e preso atto che gli istituti partecipativi cooperano alla sua emersione sul piano normativo,

dovrebbe ormai essere dato acquisito quello per cui l'interesse legittimo non nasce frustrato dal provvedimento lesivo ma si colloca sul piano sostanziale già nel procedimento, la cui disciplina generale prevede una serie "*di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*"[77].

Insomma, la posizione espressa dalla Corte regolatrice sembrerebbe condurre ad affermazioni – quali la negazione dell'esercizio del potere fintantoché lo stesso non si concretizzi in un provvedimento formale – che risultano evidentemente distoniche con l'attuale assetto ordinamentale.

Se in punto di giurisdizione l'Adunanza Plenaria offre una soluzione assolutamente condivisibile, qualche profilo di criticità sembra emergere con riferimento alla declinazione sostanziale della vicenda. Essendo le presenti riflessioni incentrate sul tema del riparto, sia consentito esaminare questo profilo mediante l'esposizione di alcune suggestioni che taluni passaggi argomentativi hanno suscitato.

L'Adunanza, risolvendo le questioni di diritto sottoposta al suo esame dall'ordinanza n. 3753/2021 della IV Sezione, statuisce che "*la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento*"[78].

L'attenzione va posta in particolare sulla valorizzazione della proposizione dell'azione di annullamento ai fini dell'esclusione dell'affidamento incolpevole.

Procedendo con ordine, l'esclusione dell'affidamento incolpevole in presenza di una dolosa induzione all'emanazione del provvedimento ad opera dell'istante, o al ricorrere di un'illegittimità evidente facilmente accertabile dal beneficiario (colpa grave), è pienamente condivisibile. Così come è da condividere la valorizzazione della posizione non paritetica del privato rispetto alla p.a., al fine di escludere che ogni contributo del privato all'emanazione dell'atto illegittimo possa essere causa di esclusione dell'affidamento. In questi termini correttamente la Plenaria rileva come si addiverrebbe a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che la stragrande maggioranza dei provvedimenti ampliativi sono emessi all'esito di un procedimento ad impulso privato. Importante il chiarimento circa il fatto che, pur nell'ambito di un procedimento governato da correttezza e

collaborazione, mentre il privato persegue comunque il proprio utile, è la p.a. l'effettiva tenutaria dell'interesse pubblico concreto[79].

Il *punctum dolens* della pronuncia sembra però rinvenirsi subito dopo, nell'esaminare i limiti alla configurabilità di un affidamento incolpevole in presenza di colpa non grave. Qui la Plenaria, valorizzando "*i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune*" ritiene che la proposizione dell'azione costitutiva di annullamento – nella quale il destinatario del provvedimento ampliativo assume la veste del controinteressato – porrebbe il privato "*nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza*".

Sicché dovrebbe escludersi un affidamento incolpevole sulla stabilità del rapporto, dato che con la proposizione dell'azione di annullamento la caducazione dell'atto diverrebbe "*evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso*"[80]. Al contrario, l'affidamento incolpevole sarebbe ipotizzabile antecedentemente alla notifica del ricorso per l'annullamento.

Il ragionamento del Supremo Consesso di giustizia amministrativa sembrerebbe condurre alla perdita di rilevanza pratica della stragrande maggioranza delle controversie relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento maturato rispetto a un atto ampliativo caducato in sede giurisdizionale: il risarcimento, infatti, sarebbe sempre escluso in ragione della precedente azione di annullamento.

Gli spazi per il risarcimento residuerebbero nelle limitate ipotesi in cui gli impegni economici e d'investimento siano stati assunti dal privato prima della proposizione del ricorso in sede giurisdizionale da parte dei controinteressati.

In questo modo, però, si introduce una evidente asimmetria tra i

provvedimenti favorevoli annullati d'ufficio – rispetto ai quali alcun automatismo escludente l'affidamento è stato rilevato dalla Plenaria – e quelli caducati dal giudice amministrativo. Asimmetria che non sembra giustificarsi fino in fondo, dato il comune esito effettuale della pronuncia giurisdizionale e del provvedimento amministrativo adottato *ex* art. 21-*nonies* l. n. 241/1990[81].

La conclusione della Plenaria, poi, sembrerebbe confliggere proprio con quegli elementi di specialità del diritto amministrativo in premessa valorizzati. Il regime di impugnazione dell'atto amministrativo si fonda evidentemente sull'efficacia costitutiva della sentenza di annullamento del giudice amministrativo, tant'è che, com'è noto, il decorso del termine di decadenza comporta l'inoppugnabilità dell'atto, pur se illegittimo. Atto amministrativo, poi, che è connotato dalla presunzione di legittimità, sino alla sua effettiva caducazione, a seguito del positivo riscontro di una causa di illegittimità. Sicché, affermare in via generale e astratta che la mera proposizione dell'azione di annullamento a monte abbia efficacia preclusiva al riconoscimento del risarcimento da lesione dell'affidamento a valle sembra scontrarsi proprio con la natura e la declinazione positiva dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti.

Con ciò non vuole certo concludersi nel senso che la proposizione di un ricorso giurisdizionale da parte di un terzo sia circostanza incolore rispetto all'affidamento che ragionevolmente può riporsi sul provvedimento favorevole. Ma, ad avviso di chi scrive, l'incidenza di una tale circostanza dovrebbe essere concretamente accertata caso per caso[82].

6. *Un dialogo (im)possibile? Considerazioni conclusive e suggestioni* de jure condendo

Svolte le brevi osservazioni che precedono e considerato il più ampio contesto giurisprudenziale e dottrinario in cui la sentenza n. 20/2021 si colloca, pare opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva anche in vista dei possibili successivi sviluppi.

Come si è avuto modo di osservare, la soluzione prospettata dalla Plenaria è sideralmente distante dal diritto vivente (allo stato prevalente) delle Sezioni Unite. La lite che ha dato la stura alla sentenza n. 20/2021[83] potrebbe essere portata all'attenzione dei giudici di Piazza Cavour. Se così non dovesse essere, è comunque ragionevole attendersi una replica delle Sezioni Unite, non appena queste ne avranno occasione[84].

Queste ultime potranno orientarsi in almeno tre direzioni: *a)* estremizzare il conflitto e dare avvio all'ennesima guerra tra Corti, respingendo globalmente le argomentazioni propugnate da Ad. Plen. n. 20/2021, così confermando l'indirizzo risalente al 2011; *b)* accettare una sorta di transazione giurisprudenziale[85], rinunciando alla posizione che sembra più insostenibile alla luce della lettera dell'art. 7 c.p.a., e cioè riconoscendo la giurisdizione amministrativa almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva; *c)* operare un (sofferto) *revirement* e aderire alle posizioni propugnate dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa[86].

L'ultima soluzione, che ad avviso di chi scrive sarebbe da preferire, è anche quella che più difficilmente pare possa essere percorsa. Le resistenze che emergono dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, infatti, sembrano andare ben oltre le vicende dell'affidamento incolpevole e della sua

lesione, appuntandosi a un livello più generale. Dalle decisioni della Corte regolatrice, difatti, traspaiono sovente dubbi e riserve sulla idoneità del giudice amministrativo ad offrire una tutela risarcitoria piena ed effettiva, tutela ancora percepita da Piazza Cavour come naturale appannaggio della giurisdizione ordinaria[87]. Insomma, la strada del dialogo, seppur astrattamente percorribile, sembra la più irta di resistenze e di ostacoli.

Così, però, a farne le spese è inevitabilmente il privato, il quale non è evidentemente posto nelle condizioni di determinare con precisione e con un certo margine di certezza il giudice cui l'ordinamento riconosce il potere di decidere la lite insorta sul piano sostanziale con l'amministrazione e, con esso, l'intera comunità nazionale[88]. È ormai un dato acquisito, difatti,

la relazione tra (una tendenziale) certezza del diritto (anche in punto di regole riparto) e appetibilità del "Sistema Paese" agli occhi degli investitori internazionali e nazionali[89].

È appena il caso di osservare come contrasti in tema di riparto tra giudice ordinario e amministrativo siano tutt'altro che infrequenti, costituendo le controversie in tema di lesione dell'affidamento incolpevole solo un significativo esempio di una certa incomunicabilità tra i plessi giurisdizionali e la Corte regolatrice della giurisdizione. Non sembra pertanto inconferente, nell'economia del contributo, l'allargamento dell'orizzonte speculativo, seppur limitato a qualche breve suggestione che la tematica affrontata dalla Plenaria suscita in chi scrive.

In tale direzione, lo scenario complessivo lascia perplessi e rende attualissime le parole di quanti, per il centenario della Legge Crispi, autorevolmente osservavano come "*un secolo di dibatti dottrinali, spesso vivaci e perfino acrimoniosi, e di applicazione giurisprudenziale, talvolta acritica ma più spesso consapevole, non è stato sufficiente per chiarire quale sia, e soprattutto come nelle situazioni le più disparate si atteggi, il criterio in base al quale le controversie tra privati e pubbliche amministrazioni vadano proposte dinanzi al giudice ordinario ovvero dinanzi al giudice amministrativo*"[90].

Del resto, i fraintendimenti tra Piazza Cavour e Palazzo Spada non sono nuovi, potendosi scorgere persino nei momenti di apparente concordia sui confini delle rispettive giurisdizioni.

Si pensi all'emblematica vicenda che interessò lo stesso celeberrimo concordato Romano-D'Amelio. I contatti giurisdizionali tra il Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano e il Primo Presidente della Corte di Cassazione Mariano D'Amelio[91] intercorsi nel 1929, portarono l'anno seguente a decisioni concordi delle due alte Corti in materia di riparto di giurisdizione[92], a mezzo delle quali si individuava il criterio di riparto secondo la teorica del *petitum* e della *causa petendi*. Ma sin dall'inizio la concordia apparve più apparente che reale. Basti pensare che proprio le decisioni con cui il Consiglio di Stato aveva ritenuto di ratificare il concordato, furono cassate nel 1931 dalle Sezioni Unite[93].

L'episodio è sicuramente significativo e rivela le difficoltà intrinseche e senza tempo sottese a un sistema di riparto fondato sulla dicotomia diritto

soggettivo/interesse legittimo[94]. A ciò si unisce l'impossibilità di assicurare un riparto di giurisdizione maggiormente prevedibile, procedendo a una estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva nell'ottica dei c.d. blocchi di materie, impossibilità dovuta all'interpretazione fornita alla formula "*particolari materie*" dell'art. 103 Cost. dalle note sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Consulta.

La risposta all'insopprimibile esigenza di (tendenziale) certezza nella distribuzione delle liti tra giudice amministrativo e giudice ordinario non sembra dunque potersi rinvenire in modo pienamente appagante negli attuali meccanismi predisposti dal diritto positivo, specie per come interpretati nella prassi giurisprudenziale.

In questo scenario, allora, tornano di attualità proposte di riforma che vanno dall'istituzione di un tribunale dei conflitti[95], sul noto esempio

francese del *Tribunal des conflits*, alla valorizzazione delle capacità orientative di raccomandazioni emesse da gruppi informali[96].

Molte di queste proposte risultano difficilmente implementabili a Costituzione invariata.

La revisione costituzionale potrebbe essere facilitata da un'adeguata

considerazione dell'intrinseca storicità del modello di giustizia amministrativa confluito nella Carta del 1948.

Il modello dualista recepito dalla Costituzione ha difatti un'origine storica ben precisa che, inevitabilmente, ne ha condizionato l'assetto. Tale origine non può non essere tenuta in considerazione quando ci si ponga in una prospettiva di superamento dell'assetto attuale.

A tal fine non è fuor d'opera ricordare che a seguito della scelta abolitrice del 1865 si pose un problema non già di riparto di giurisdizione – per l'evidente ragione che la legge di abolizione del contenzioso aveva quale premessa logica e ideologica l'unicità della giurisdizione – quanto di attribuzione: la decisione sui conflitti, dapprima attribuita al Consiglio di Stato e poi affidata nel 1877 alla Corte di Cassazione di Roma[97], aveva quindi una consistenza costituzionale, involgente il tema della separazione dei poteri.

Istituita la IV Sezione e lentamente riconosciuta la sua natura giurisdizionale, i conflitti di attribuzione assunsero l'attuale fisionomia di conflitti tra giudici. Del resto, la tematica del riparto tra giudice ordinario e amministrativo è "*influenzata dal processo di omologazione delle giurisdizioni e dei processi, e tende, adesso, a porsi, non come uno spartiacque fra due mondi, ma come una linea, spesso assai mobile, di confine tra due segmenti di una medesima vicenda di tutela: dal riparto delle giurisdizioni si passa, progressivamente, al riparto della giurisdizione*"[98].

La scelta del 1877, fondata su un principio basilare dello Stato di diritto, quale quello di separazione dei poteri, è stata recepita nell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 8, Cost. in un contesto istituzionale e costituzionale profondamente diverso ma comunque storicamente influenzato dal precedente[99]. Le Sezioni Unite della Cassazione, oggi, non sono più chiamate a delineare le sfere attributive di due poteri[100], quanto a decidere quale sia il plesso giurisdizionale, facente parte di uno stesso

sistema funzionale, seppur organicamente separato, chiamato a erogare la tutela richiesta. Esse, dunque, non assicurano più il rispetto della divisione dei poteri, dovendo al contrario (auspicabilmente) assicurare l'efficiente erogazione di un servizio pubblico essenziale[101].

Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad *sui profili problematici della nomofilachia differenziata*

1. *Premessa*

I fatti alla base del caso *Randstad* sono ormai ampiamente noti e non serve ripercorrerli in dettaglio. In estrema sintesi, la vicenda origina dall'impugnazione proposta da una società, in qualità di concorrente ad una gara pubblica, per l'annullamento del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti e della procedura nel suo complesso. A seguito del rigetto dell'impugnazione da parte del giudice di primo grado, che aveva giudicato legittima tanto l'esclusione quanto la gara nel suo complesso, il Consiglio di Stato confermava la legittimità del provvedimento di esclusione ma dichiarava il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura, assumendo che, in ragione della sua legittima esclusione, la società fosse priva "*non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico de settore che non ha partecipato alla gara*"[1].

La società ricorreva in Cassazione ai sensi dell'articolo 111, co. 8, Cost., contestando la decisione del Consiglio di Stato per avere erroneamente dichiarato inammissibile l'impugnazione avverso la gara nel suo complesso, in violazione del diritto dell'Unione europea e, in particolare,

del diritto ad un ricorso effettivo così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue.

Senonchè, la Corte di cassazione rilevava come, allo stato, l'ammissibilità del ricorso fosse ostacolata da una "*prassi interpretativa nazionale*", da ultimo esplicitata nella sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, in forza della quale la violazione del diritto eurounitario non sarebbe riconducibile a un motivo di giurisdizione, ma integrerebbe una semplice violazione di legge, o comunque un ordinario *error in iudicando*, come tale non censurabile attraverso il ricorso per Cassazione di cui all'articolo 111, co.8, Cost. Conseguentemente, riteneva di sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue le seguenti questioni, che possono così sintetizzarsi[2]:

i) se il diritto dell'Unione osti a una prassi interpretativa che, in base all'articolo 111, co. 8, Cost., così come da ultimo interpretato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, esclude la proponibilità del ricorso per Cassazione per contestare sentenze del Consiglio

di Stato contrastanti con il diritto dell'Unione[3];

ii) se il diritto dell'Unione osti a una prassi interpretativa che, in base all'articolo 111, co. 8, Cost., esclude la proponibilità del ricorso in Cassazione per contestare le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano immotivatamente omesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[4];

iii) se il diritto dell'Unione, anche alla luce di specifici precedenti della Corte di giustizia[5], osti a una prassi giurisprudenziale nazionale che, come quella applicata dall'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, nega la legittimazione del concorrente escluso a contestare gli esiti della gara, sebbene l'esclusione non risulti definitivamente accertata e l'eventuale accoglimento dell'impugnazione possa determinare l'indizione di una nuova procedura.

Con la decisione 21 dicembre 2021, causa C-497/20[6], la Corte di

giustizia ha definito la prima e la terza questione posta dall'ordinanza della Cassazione, senza rispondere alla seconda in quanto ritenuta irrilevante ai fini della controversia. La sentenza, da un lato, ha escluso l'incompatibilità con il diritto dell'Unione dell'articolo 111 co. 8 Cost, così come interpretato dalla Corte costituzionale; dall'altro, ha stigmatizzato la violazione del diritto eurounitario perpetrata dal Consiglio di Stato per avere il giudice italiano negato al concorrente escluso la legittimazione ad impugnare gli esiti complessivi della procedura.

La pronuncia ha da subito suscitato un particolare interesse.

In primo luogo, perchè tocca il tema generale dell'effettività della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alle ipotesi in cui la pronuncia del giudice nazionale violi il diritto eurounitario. In secondo luogo, perché riguarda da vicino il nostro assetto costituzionale imperniato su di un modello giurisdizionale dualista, che vede le decisioni del giudice ordinario soggette al ricorso in Cassazione per violazione di legge e quelle del giudice amministrativo ricorribili in Cassazione soltanto per "motivi inerenti alla giurisdizione" (art. 111 co. 8 Cost.). In terzo luogo, perché, nella specifica materia dei contratti pubblici, rimarca la distanza tra la giurisprudenza amministrativa e quella europea sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura di gara.

Nei paragrafi seguenti verranno più a fondo esaminate le argomentazioni con le quali la Corte di giustizia ha risposto alle questioni sollevate dalla Cassazione. Conclusivamente, saranno segnalate alcune criticità attualmente poste dall'articolo 111 co. 8 Cost, ulteriori rispetto a quelle prospettate nell'ordinanza di rimessione.

2. *Sul principio di autonomia procedurale tra effettività ed equivalenza*

Con riferimento alla prima questione, la Corte di giustizia osserva che, in forza del "*principio dell'autonomia procedurale*", spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro "*stabilire le modalità processuali"* dei rimedi giurisdizionali atti a garantire il "*diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva*". Più esattamente, afferma che, in linea di principio, il diritto dell'Unione "*non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione*", a condizione che "*siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*". Sotto questo profilo – sottolinea la Corte - la disciplina processuale italiana non si porrebbe in contrasto né con il principio di equivalenza né

con il principio di effettività. Il principio di equivalenza sarebbe rispettato dall'esperibilità del ricorso per motivi di giurisdizione sia quando sono in rilievo situazioni giuridiche protette dal diritto eurounitario sia quando sono in rilievo situazioni giuridiche protette dal diritto interno[7]. Quanto al principio di effettività, il diritto dell'Unione "*non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno*", salvo che "*dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione*". Poiché il sistema processuale italiano garantisce l'accesso a un giudice indipendente e imparziale (anche) a tutela delle situazioni giuridiche riconosciute dalla normativa europea, la Corte conclude che "*una norma di diritto nazionale che impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo non può essere considerata una limitazione, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, del diritto di ricorrere a un giudice imparziale sancito all'articolo 47 della stessa*".

Una risposta al quesito in questi termini non sorprende ed era anzi prevedibile, considerato che, con riferimento alle questioni processuali, il principio di autonomia procedurale viene spesso invocato sul presupposto che in materia l'Unione europea non abbia una specifica competenza[8]. In quest'ambito, l'unico limite imposto dal diritto dell'Unione è il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza, nel senso già precisato che le discipline processuali nazionali non devono creare discriminazioni per la tutela delle situazioni giuridiche tutelate dal diritto eurounitario e devono garantire l'accesso a un giudice imparziale, in conformità all'articolo 47

della Carta di Nizza[9]. Se la normativa interna rispetta questi principi, lo Sato membro è libero di disciplinare il proprio sistema processuale senza ostacoli derivanti dal diritto dell'Unione. Del resto, la garanzia sancita nell'articolo 47 della Carta, così come anche rimarcato nelle conclusioni dell'Avvocato generale[10], "*non impone un doppio grado di giudizio*", ma si limita a garantire il diritto di accesso "*soltanto a un giudice*". Di conseguenza, se la disciplina dello Stato membro garantisce l'accesso a un giudice, conferendo a tale giudice la competenza a esaminare il merito della controversia, i principi di tutela giurisdizionale sanciti dall'articolo 47 della Carta di Nizza e dalla Direttiva 89/665 non possono ritenersi violati, proprio in quanto non "*impongono un ulteriore grado di giudizio per porre rimedio a un'applicazione erronea di dette norme da parte del giudice di appello*"[11].

Nel descritto quadro di riferimento, la ritenuta compatibilità con il

diritto dell'Unione dei limiti al ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato è pienamente condivisibile. Sebbene la limitazione ai motivi inerenti alla giurisdizione impedisca di per sé di contestare in Cassazione una decisione del Consiglio di Stato adottata in violazione del diritto dell'Unione, non si ravvisa in ciò alcuna incompatibilità con il principio di effettività, proprio in quanto il diritto italiano garantisce pacificamente l'accesso a un giudice imparziale per l'esame nel merito della controversia[12].

Va ancora evidenziato che, coerentemente con l'invocato principio di autonomia procedurale, la Corte non si preoccupa di chiarire se il contrasto rilevato dia luogo a un motivo di giurisdizione deducibile con il ricorso in cassazione o se, invece, integri un errore di giudizio estraneo al campo di applicazione del rimedio[13]. Una volta escluso che l'articolo 111 co. 8

Cost., così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, presenti aspetti d'incompatibilità con il diritto eurounitario, diventa, infatti, irrilevante ogni più accurata indagine sui presupposti del ricorso previsto dalla citata norma costituzionale. Piuttosto, alla Corte interessa rimarcare che, quando le istanze giurisdizionali previste dal diritto nazionale non consentono più di eliminare la violazione inferta al diritto eurounitario, il rimedio debba essere individuato *"nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione*" e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, "*nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro*" (fermo restando che i singoli lesi nel diritto a un ricorso effettivo possono pur sempre "*far valere la responsabilità di tale Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subìto dal soggetto leso*"). Si ribadisce così che il prima-

to del diritto eurounitario può realizzarsi attraverso strumenti che lasciano impregiudicato il principio di autonomia procedurale.

Per altro verso, il richiamo al principio di autonomia procedurale ha levato la Corte di giustizia dall'imbarazzo di sindacare un assetto processuale sancito direttamente a livello costituzionale. Se, in ipotesi, anche le norme costituzionali degli Stati membri possono rivelare delle incompatibilità con il diritto dell'Unione, prospettare un'interpretazione di tale diritto in contrasto con le norme costituzionali degli Stati membri potrebbe risvegliare il tema dei controlimiti, rivelando una netta contrapposizione tra diritto nazionale e diritto eurounitario non facile da gestire[14]. Non è questa la sede per affrontare più a fondo il problema e verificare se effettivamente l'assetto costituzionale in esame possa integrare un controlimite rispetto al diritto dell'Unione. Resta il fatto che l'aver risolto la questione in base al principio di autonomia procedurale impedisce anche solo di ipotizzare un problema di controlimiti, scongiurando opportunamente qualsiasi eventuale scontro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.

3. *Sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura*

Nel rispondere al primo quesito la Corte affronta anche la questione della legittimazione ad agire del concorrente escluso, stigmatizzando il contrasto della decisione del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, per avere il giudice italiano negato al concorrente escluso la legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura.

In base agli articoli 1 e 2 *bis* della Direttiva ricorsi[15], la giurisprudenza

della Corte di giustizia assume che la legittimazione a contestare gli esiti della gara spetti ai concorrenti esclusi la cui esclusione non sia "definitiva" e non debba, invece, riconoscersi ai concorrenti la cui esclusione sia "definitiva", ossia quando sia stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o quando non possa più essere oggetto di una procedura di ricorso. Secondo la Corte, il concetto di definitività implica che l'accertamento sulla legittimità dell'esclusione sia ormai incontestabile ovvero provvisto dell'efficacia tipica del giudicato[16]. Solo in questi casi il concorrente escluso sarebbe privo della legittimazione a contestare gli esiti della gara; diversamente, quando manchi il definitivo accertamento sulla legittimità dell'esclusione, la legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura non potrebbe negarsi.

Dal punto di vista delle situazioni giuridiche, il riconoscimento della legittimazione in capo al concorrente escluso mira a tutelare il suo interesse strumentale alla ripetizione della gara, considerato che l'eventuale accoglimento del ricorso, se pur inidoneo a garantire l'utilità finale rappresentata

dall'aggiudicazione, avrebbe pur sempre come effetto la rinnovazione della gara, rivelando in ciò il concreto interesse a coltivare l'impugnazione. Del resto, la stessa attenzione per una tutela piena ed effettiva che ricomprenda in sé l'interesse strumentale è alla base della giurisprudenza della Corte Ue sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, secondo la quale il ricorso principale deve essere esaminato anche quando sia accolto il ricorso incidentale, sul presupposto che l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione potrebbe indurre la stazione appaltante a rinnovare la procedura[17].

In conformità alla sua giurisprudenza, la Corte ritiene, dunque, che il difetto di legittimazione pronunciato dal Consiglio di Stato violi il diritto a un ricorso effettivo, osservando che sia al momento di proposizione del ricorso al giudice di primo grado, sia al momento della decisione del ricorso da parte di tale giudice, l'esclusione non poteva ritenersi definitiva in quanto non precedentemente "*ritenuta legittima da quest'ultimo giudice o da qualsiasi altro organo di ricorso indipendente*". L'inciso non brilla per chiarezza perché non sembra tenere adeguatamente in conto che anche il Consiglio di Stato, e non solo il Tar adito in primo grado, aveva giudicato legittima l'esclusione. Tuttavia, ciò che la Corte intende affermare è che, al momento in cui è stata instaurata e decisa per la prima volta l'impugnazione, non esisteva alcun accertamento definitivo e irretrattabile sulla legittimità dell'esclusione. Sicchè, rifiutando di esaminare nel merito la domanda volta all'annullamento dell'aggiudicazione, il Consiglio di Stato avrebbe negato tutela ad una situazione giuridica protetta dal diritto eurounitario, quale appunto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara[18].

Senonchè, secondo una diversa ricostruzione emersa principalmente in dottrina[19], un'interpretazione della direttiva ricorsi più aderente alla sua

formulazione letterale escluderebbe di ricollegare la definitività dell'esclusione al passaggio in giudicato della decisione che ne accerti la legittimità[20]. Piuttosto, ad integrare il concetto di definitività, sarebbe sufficiente una decisione amministrativa o giurisdizionale che abbia riconosciuto la legittimità dell'esclusione. In questa prospettiva, la decisione del Consiglio di Stato apparirebbe corretta, in quanto, a prescindere dalla formazione del giudicato, il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura verrebbe a colpire un concorrente "definitivamente" escluso in virtù di un provvedimento giudicato due volte legittimo, sia dal giudice di primo grado che dal giudice di appello[21].

Tra le due la ricostruzione preferibile appare quella avallata dalla Corte di giustizia, poiché il prospettato ampliamento della legittimazione ad agire garantisce piena tutela ad una situazione giuridica strumentale che, a differenza di quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, non sembra potersi sottrarre all'ordinaria protezione riservata all'interesse legittimo. Sotto questo profilo, il paventato rischio che, nel seguire la giurisprudenza europea, il processo amministrativo venga ad assumere una connotazione

marcatamente oggettiva deve essere probabilmente ridimensionato, considerato che l'interesse strumentale è pur sempre riferibile a un soggetto che originariamente ha partecipato alla procedura e che, in quanto operatore economico in un determinato settore, aspira a partecipare alle gare pubbliche di quel settore.

In ogni caso, il contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia testimonia la perdurante attualità di una riflessione sulle situazioni giuridiche soggettive e sulla consistenza degli interessi che ne sono oggetto. Rapportata al diritto interno, la riflessione non può, però, adagiarsi sulla dicotomia interesse legittimo/interesse di fatto, ma deve adeguatamente misurarsi con le concezioni strumentali e finali dell'interesse legittimo[22].

4. *Osservazioni conclusive. Sulle attuali criticità dell'articolo 111 co. 8 Cost.*

La sentenza della Corte di giustizia induce ad alcune osservazioni conclusive sull'assetto giurisdizionale sancito dalla nostra Costituzione, che proprio nell'articolo 111 co. 8 rinviene una delle norme più significative e problematiche.

Va sottolineato che la questione posta dall'articolo 111 co. 8 Cost. è ben più ampia e generale di quella prospettata dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia. Nella sua portata più generale, infatti, la questione si sostanzia nel diverso trattamento processuale riservato a tutte le decisioni del Consiglio di Stato che, a differenza di quelle del giudice ordinario, possono essere impugnate in Cassazione solo per motivi

di giurisdizione ma non per violazione di legge. Si tratta, dunque, di una questione che tocca il complesso delle decisioni assunte dal Consiglio di Stato, non soltanto quelle contrastanti con il diritto dell'Unione, ma anche quelle pronunciate in violazione del diritto nazionale. Solo in questa più ampia prospettiva possono adeguatamente cogliersi le attuali criticità poste dalla norma costituzionale, ulteriori e diverse rispetto a quelle indicate dalla Corte di Cassazione.

Una prima criticità riguarda direttamente l'articolo 111 co. 8 Cost, laddove prevede una disciplina del ricorso in Cassazione diversa da quella riservata alle sentenze del giudice ordinario. È noto, al riguardo, che il differente trattamento processuale riflette il modello giurisdizionale dualistico sancito nella nostra Costituzione, ripartito tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa[23]. Nell'originario contesto costituzionale, il modello veniva giustificato con ragioni di continuità con il sistema, ovvero in funzione della diversa natura delle situazioni giuridiche devolute all'una o all'altra giurisdizione, ovvero ancora in base alle differenti tipologie di tutela rispettivamente dispensabili dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario. Pertanto, nell'ambito di un siffatto sistema dualistico, non appariva incoerente sottrarre le decisioni del Consiglio di Stato al controllo di legittimità previsto per le sentenze del giudice ordinario, dal momento che in tal modo la funzione nomofilattica della Cassazione avrebbe investito la sola giurisdizione ordinaria, così da porre le condizioni per lo sviluppo di un'autonoma nomofilachia della giurisdizione amministrativa rapportata alla specificità delle controversie sugli interessi legittimi.

Il quadro originario ha, però, subito dei progressivi mutamenti. L'interesse legittimo ha cambiato profondamente fisionomia; la tutela dispensabile dal giudice amministrativo non è più solo quella costitutiva di annullamento ma anche quella risarcitoria o più in generale di condanna; nonostante la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, il giudice amministrativo mantiene una significativa cognizione sui diritti soggettivi, considerato il progressivo aumento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva; il giudice amministrativo dispone degli stessi poteri e mezzi istruttori del giudice ordinario. Pur non eliminandola, una tale evoluzione riduce di molto l'originaria distanza tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, poiché tanto il giudice amministrativo quanto il giudice ordinario possono decidere sui diritti con gli stessi poteri e tanto l'uno quanto l'altro sono spesso chiamati ad applicare le stesse norme, come accade nelle

controversie risarcitorie rispettivamente attribuite all'una o all'altra giurisdizione. Ciò non di meno, a causa del differente regime costituzionale del ricorso in Cassazione, la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa conservano ciascuna una propria e autonoma nomofilachia. Il regime differenziato rivela così la carenza di una funzione nomofilattica unitaria, anche quando le controversie devolute alle rispettive giurisdizioni abbiano ad oggetto la medesima situazione giuridica di diritto soggettivo e richiedano l'applicazione della medesima disciplina. A fronte di questo stato di cose, talvolta, è stata evocata la violazione del principio di uguaglianza o di certezza del diritto, nel convincimento che solo una funzione nomofilattica unitaria possa garantire quella uniforme interpretazione del diritto altrimenti compromessa[24]. Se, concettualmente, una funzione nomofilattica unitaria presuppone una giurisdizione unica, l'obiettivo di un'uniforme interpretazione del diritto può raggiungersi anche per altra via. Al di là dell'eventualità di estendere, almeno in alcuni casi, il ricorso in Cassazione per violazione di legge alle decisioni del Consiglio di Stato[25], varie, infatti, sono le proposte per ovviare all'*impasse*: istituire una giurisdizione unitaria con sezioni specializzate applicate alle controversie di diritto amministrativo[26]; inserire, in determinate ipotesi, una quota di magistrati

amministrativi nel collegio delle sezioni unite della Corte di cassazione[27]; coltivare spazi di confronto ed elaborazioni comuni tra consiglieri della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato[28]. Si tratta di aspetti estremamente complessi e non soltanto perché alcune delle soluzioni prospettate implicano una modifica costituzionale. Ma anche perché un ipotetico superamento della doppia nomofilachia, pur se avvenga con l'introduzione di una giurisdizione unica, deve comunque confrontarsi con l'esigenza di preservare una funzione giurisdizionale centrata sui rapporti tra privato e pubblica amministrazione, capace di adattarsi alle diverse dinamiche che ancora distinguono il diritto amministrativo dal diritto comune[29].

Di certo una questione così rilevante non può compiutamente risolversi a Costituzione vigente, né coinvolgendo il diritto dell'Unione su profili processuali interni e di rilevanza costituzionale.

Una seconda criticità non riguarda direttamente l'articolo 118 co. 8 Cost, ma le sue possibili implicazioni nelle concrete dinamiche del sistema di giustizia amministrativa. Tralasciando la questione della nomofilachia, il differente regime processuale del ricorso in Cassazione di per sé non pregiudica la pienezza ed effettività della tutela. Se, infatti, la previsione costituzionale del ricorso per violazione di legge garantisce che tutte le decisioni del giudice ordinario siano sottoposte ad un successivo controllo giurisdizionale, ugualmente, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, la previsione costituzionale di "*organi di giustizia amministrativa di primo grado*" garantisce che le decisioni di tali organi siano sempre sottoposte al successivo controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato[30]. In altri termini, il differente regime del ricorso in Cassazione non scalfisce quel generale principio d'impugnabilità pervasivo dell'ordinamento giuridico che richiede di sottoporre la decisione del primo giudice almeno ad un successivo controllo giurisdizionale.

Ciò, tuttavia, non toglie che, in alcune specifiche ipotesi, proprio il differente regime del ricorso in Cassazione possa far sì che una decisione di merito del giudice amministrativo sia di fatto sottratta a un successivo controllo giurisdizionale. Si considerino i casi in cui il Consiglio di Stato, sulla base di una giurisprudenza ormai pacifica che interpreta restrittivamente le cause di rimessione al primo giudice, decida per la prima volta nel merito la lite dopo aver riformato la decisione di primo grado che abbia omesso di pronunciarsi su una o più domande o che abbia errone-

amente dichiarato il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile[31]. In queste ipotesi, la mancata previsione del ricorso in Cassazione per violazione di legge impedisce, infatti, alla decisione del Consiglio di Stato che per la prima volta abbia deciso nel merito la lite di essere sottoposta ad un successivo controllo giurisdizionale, poiché un ipotetico ricorso in Cassazione resterebbe necessariamente circoscritto ai profili giurisdizionali. Verrebbe così a determinarsi una violazione del principio d'impugnabilità che, nella giurisdizione amministrativa, si realizza compiutamente attraverso la garanzia costituzionale del doppio grado di giudizio[32]. In realtà, il discorso non è così semplice e lineare, perché, secondo la prevalente giurisprudenza, la decisione di merito assunta dal Consiglio di Stato in riforma di un'erronea sentenza di rito non violerebbe affatto il principio del doppio grado, sul presupposto che tale principio si esaurirebbe nella pura e semplice possibilità di appellare la decisione di primo grado, quale che ne sia il contenuto se di rito o di merito[33]. Ove, invece, si ritenga che il doppio grado richieda un secondo controllo giurisdizionale necessariamente esteso ai contenuti di merito delle pronunce giurisdizionali, i soli

idonei a definire la lite con l'efficacia del giudicato sostanziale, il fatto che la decisione di merito resa per la prima volta dal giudice di appello resti sottratta ad un successivo controllo giurisdizionale, che non sia quello limitato ai profili di giurisdizione, rivela delle indubbie criticità rispetto alla garanzia del diritto di azione nel cui ambito è inquadrabile il principio del doppio grado. Volendo accogliere questa accezione "forte" del doppio grado, la questione si risolverebbe agevolmente attraverso un'interpretazione meno restrittiva della disciplina sulla rimessione e più aderente a una concezione evolutiva del diritto di azione[34], tale da ricondurre all'ipotesi generale di "lesione del diritto di difesa"[35] anche i casi di omessa pronuncia o di erronea chiusura in rito[36].

Dalle considerazioni esposte emerge, dunque, che le attuali criticità poste dall'articolo 111 co.8 Cost. investono aspetti centrali del nostro sistema giurisdizionale e non si esauriscono in quelle segnalate dalla Cassazione. Tali criticità devono essere affrontate e superate all'interno del nostro ordinamento, attraverso le opportune o necessarie modifiche alla Costituzione, ovvero mediante interpretazioni della legge processuale meno restrittive e più attente all'evoluzione delle garanzie costituzionali. Viceversa, anche per le ragioni desumibili dalla decisione sul caso Randstad, le rilevate criticità non possono essere affrontate e superate affidandosi esclusivamente al diritto dell'Unione.

Traiettorie concettuali per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa

1. *Le basi della «amministrazione comune» nello spazio europeo*

L'esistenza di una «pubblica amministrazione», intesa nel significato giuridico tradizionale dell'espressione[1], è un traguardo che concettualmente si può considerare raggiunto anche all'interno del sistema ordinamentale europeo a sessant'anni dalla sua nascita[2]. Ad essa si riferisce ora espressamente

l'art. 298 Tfue che, con dizione innovativa rispetto al passato, così recita: «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su una amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente»[3].

Il Trattato di Lisbona[4], come si intuisce leggendo la norma appena menzionata, ha assegnato un'esplicita base legale alla «amministrazione europea» e il valore dichiarativo della previsione deve essere adeguatamente enfatizzato[5]: nella sua portata generale il nuovo Trattato ha formalmente enunciato che in seno all'Unione esiste un «complesso di strutture» che formano un'autentica amministrazione[6]; per usare una locuzione più precisa una «amministrazione di istituzioni, organi e organismi dell'Unione»[7].

Eppure chi volesse guardare con maggiore profondità d'analisi al percorso storico dell'Unione potrebbe eccepire che la formula definitoria impiegata dal Trattato costituzionale, pur ricca di suggestione, abbia probabilmente colto solo un aspetto (di certo non trascurabile) della complessa realtà amministrativa che connota tale ordinamento giuridico; nel farlo dovrebbe, tuttavia, prestare molta attenzione a soppesare ogni parola per evitare di cadere in pericolosi equivoci concettuali.

La ragione è presto spiegata.

Pochi dubbi vi sono sul fatto che l'Unione possegga – e, va aggiunto, da sempre – una propria amministrazione composta da organi e uffici che svolgono attività con rilievo pubblicistico. L'esperienza primigenia della Comunità europea carbosiderurgica ne era prova tangibile nella parte in cui dotava le relative istituzioni di un «apparato amministrativo», ancorché

«ridotto»[8], per il loro funzionamento; e lo stesso vale per il Trattato cd. di 'fusione degli esecutivi' che stabiliva che alla «data dell'entrata in vigore del presente Trattato, i funzionari e gli altri agenti della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica diventano funzionari ed altri agenti delle Comunità europee» e fanno parte della «amministrazione unica di tali Comunità»[9].

Quindi l'idea di istituire, allestire e conservare un'amministrazione propriamente europea non è mai mancata, dalle origini fino ad oggi, nel progetto fondativo dell'Unione[10]. Di significativo c'è che, col passare del tempo, tale apparato è sensibilmente cresciuto in quantità e in capacità d'azione (basti pensare alle numerose funzioni di cui esso è titolare)[11]. È per questo che l'art. 298 Tfue si riferisce alla «amministrazione europea» sia in senso strutturale («istituzioni, organi e organismi dell'Unione»), sia in senso funzionale (i «loro compiti») con una terminologia che non lascia spazio a incertezze.

Senonché pare altrettanto corretto sostenere che, sin dal principio, l'Unione abbia seguito in parallelo anche una diversa strategia; e abbia

deciso di affiancare al proprio apparato amministrativo le burocrazie degli Stati membri per individuare masse di interessi concreti per i quali una gestione decentrata sarebbe stata di tutta evidenza vantaggiosa[12].

Anche questo è un aspetto su cui vi è sufficiente concordia di opinioni tra gli studiosi.

Se dunque è vero che dall'inizio è esistita un'amministrazione riferibile all'Unione, bisogna del pari ammettere che essa è stata ideata in maniera tale da richiedere, per sua natura, il sostegno continuo delle amministrazioni nazionali[13]. Ancora oggi tale regola sorregge, come un pilastro[14], l'edificio europeo ed è scolpita nel Trattato costituzionale nei seguenti termini: gli «Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione»[15]; e di nuovo: gli «Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione»[16].

In questo contesto il Trattato di Lisbona ha fatto un passo avanti nel processo di unificazione amministrativa.

All'art. 197 Tfue, rubricato «Cooperazione amministrativa», ha infatti dichiarato che la «attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri», o meglio la «loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione», è «essenziale per il buon funzionamento dell'Unione» ed è considerata una «questione di interesse comune»[17]; al punto che l'Unione è autorizzata a «svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri»[18].

È di tutta evidenza che tali previsioni, senza confliggere col disposto dell'art. 298 Tfue e dell'art. 291 Tfue, restituiscono l'immagine di un'amministrazione europea che vive del dialogo costante con le omologhe realtà nazionali[19]; e attestano che, da un punto di vista funzionale, l'organizzazione amministrativa dell'Unione non può essere scissa dal supporto delle entità domestiche che di essa sono parte integrante.

Tutto ciò serve allora a puntualizzare che, quando si parla della «amministrazione europea», non si dovrebbe mai omettere di considerare la sua connaturata polisemia: essa è certamente quella che fa capo a «istituzioni, organi e organismi dell'Unione»; è quella che parimenti comprende le autorità nazionali chiamate ad attuare a vario titolo il diritto di matrice europea; è ancora quella che prevede forme d'intersezione, più o meno marcate, tra i due livelli amministrativi[20].

Questa è la chiave di lettura da cui intende partire la presente ricerca; ed è anche quella che riscuote maggior consenso presso una parte non esigua della dottrina pubblicistica che da tempo ha preso atto della natura «plurale» dell'amministrazione dell'Unione[21]; la quale, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali coevi[22], molto spesso funzio-

na attraverso congegni che assicurano un'effettiva integrazione tra i soggetti che la compongono[23].

Non è casuale che oggi si parli a più riprese dell'esistenza di uno «spazio amministrativo europeo»[24]. La locuzione vuole appunto significare ciò: che una miriade di entità pubbliche autonome – sovranazionali e nazionali – è chiamata a eseguire le norme dell'Unione in un contesto giustamente definito «composito» perché frutto della convergenza di altrettanti poteri pubblici che dialogano fra loro[25]. In molti settori disciplinati dal diritto dell'Unione agisce oramai un sistema complesso di figure soggettive di varia estrazione che formano una «amministrazione comune dell'ordinamento europeo» all'interno della quale si sviluppano molteplici nessi giuridici tra le sue componenti[26].

Se ciò accade è perché il tratto caratteristico dell'amministrazione dell'Unione, da almeno tre decadi[27], sono le figure organizzative che perseguono una finalità di integrazione e di composizione amministrativa; che consistono, cioè, in strumenti giuridici capaci di collegare in ambienti omogenei soggetti che svolgono attività di pubblica amministrazione[28].

Una di esse è il procedimento amministrativo cui sono dedicate le pagine che seguono.

2. *Le figure giuridiche di collegamento*

Volgendo per un attimo lo sguardo indietro è possibile notare come le fasi del percorso evolutivo appena descritto, e per larghi tratti ancora incompiuto, siano state relativamente brevi specie se rapportate all'esperienza talora plurisecolare degli Stati nazionali[29].

Un esempio che ne dimostra la precocità si può ricavare dall'ultimo discorso pronunciato da Vittorio Emanuele Orlando nelle aule parlamentari italiane il 18 luglio 1952; un intervento che di solito viene ricordato per le parole piuttosto scettiche (se non polemiche) che l'Orlando ebbe a esprimere sulla prospettiva di istituire una Comunità

europea sovrastatale (si trattava, nella specie, di quella del carbone e dell'acciaio) e quindi di ipotizzare una più stretta integrazione, non solo politica ma anche amministrativa, fra i paesi dell'Europa continentale postbellica.

L'Orlando manifestò le sue perplessità sin dall'esordio della sua orazione: «questo è stato detto; e allora io dico: no, e credo di avere il diritto di provocare una risposta, un chiarimento, una spiegazione che mi rassicuri che ciò non sia possibile»; infatti «ho sentito parlare della istituzione di una comunità europea. Che scoperta sarebbe questa, in tal caso? Una comunità europea c'è e c'è sempre stata»: una «comunità non è se non un insieme di enti che convivono in uno stato di puro diritto, tanto che si dice tuttora dai giuristi la comunità internazionale»[30].

Donde la prima domanda: «allora cosa sarà? Una alleanza? Bene, ma non sarebbe una novità: la storia è tutta una serie di alleanze»; e poi: «se invece fosse una Unione? La differenza consisterebbe nella permanenza, nell'esistenza di un termine obbligatorio. Il diritto internazionale conosce delle unioni permanenti onde non sarebbe neanche questa una novità»; quindi la conclusione, decisamente negativa: «vuol dire che questa di oggi sarà un'unione per il commercio dell'acciaio e del carbone. Ma dopo, basta!»[31].

Ora l'autorevolezza e l'incisività della lezione orlandiana non possono certo essere sminuite o sottovalutate. La prolusione parlamentare dell'Orlando risentiva della particolare condizione politica di quel tempo e probabilmente, dinanzi all'avanzata del progetto europeo, intendeva ammonire sui possibili rischi di un'accelerazione troppo repentina o ancor peggio avventata[32].

Tuttavia, tornando al periodo attuale, riesce obiettivamente difficile immaginare che, a distanza di sei decadi, quella previsione abbia ottenuto il seguito auspicato[33]. Lo dimostrano i progressi compiuti nel tempo dall'amministrazione dell'Unione che ha infittito i collegamenti con le analoghe realtà nazionali e con esse ha stretto legami che da tempo sono stati inquadrati sia in termini statici[34]; sia in veste dinamica[35].

Tali vicende non sono sfuggite alle riflessioni di quanti hanno approfondito l'impatto della cd. «integrazione amministrativa europea»[36]; e in definitiva denotano come la specificità dell'amministrazione dell'U-

nione ruoti attorno alle «forme miste» di azione che servono a compattare poteri, solo in apparenza, separati[37].

3. *Il ruolo del procedimento amministrativo*

Fatta questa premessa si deve subito ripetere e meglio precisare che nel presente studio saranno esaminati solo gli aspetti dinamici dell'integrazione amministrativa europea; e cioè le connessioni procedimentali. Il motivo è che, tra gli strumenti giuridici di composizione che hanno assunto un rilievo sempre maggiore nel diritto europeo, il procedimento amministrativo è quello che più di altri si presta a rinnovate esplorazioni quale forma ordinaria dell'agire delle amministrazioni pubbliche[38]. Sul piano pratico l'Unione ha preso coscienza della centralità che merita il paradigma procedimentale come manifestazione sensibile della funzione amministrativa[39]; e ciò è testimoniato dalla presenza di un «ampio numero

di procedure amministrative settoriali» (previste cioè dal diritto derivato) che si rivolgono indistintamente agli apparati degli Stati membri e della stessa Unione[40].

Ora proprio l'analisi delle discipline speciali ha consentito alla dottrina pubblicistica di evidenziare come il procedimento amministrativo di matrice europea non rilevi solo come sequela di atti giuridici concatenati verso uno scopo finale[41;] o come veicolo per conoscere fatti, acquisire interessi ed esercitare poteri[42]; ma assolva anche a un ruolo del tutto particolare e qualificativo che è quello di ricucire dinamicamente i tessuti connettivi, i gangli di un'organizzazione complessa e disarticolata (qual è l'amministrazione dell'Unione) grazie alla sua innata capacità ordinante[43].

A dire il vero l'attitudine della serie procedimentale a dispiegare effetti organizzativi non rappresenta una novità per la riflessione giuridica italiana

più risalente che vi ha già ravvisato un «fenomeno di organizzazione» che coinvolge una «pluralità di uffici appartenenti a soggetti giuridici distinti»[44]; ma indubbiamente la teoria gode di restituita attualità, fuoriuscendo dalle retrovie in cui è stata troppo presto confinata, se osservata attraverso la lente dell'integrazione amministrativa europea. In simile prospettiva si può senz'altro (ri)affermare che il procedimento «non si limita a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»[45].

Da ciò l'utilità di studiare le discipline procedimentali dell'Unione europea come luogo di incontro e di congiunzione tra apparati amministrativi che appartengono a ordinamenti distinti e al contempo coesi[46].

4. *Le relazioni organizzative procedimentali*

Da quanto s'è detto dovrebbe apparire sufficientemente chiaro che il procedimento amministrativo – concepito come figura di organizzazione[47] – è l'oggetto della ricerca che ci accingiamo a svolgere e, per fare ciò,

intendiamo porci nell'ottica del diritto dell'Unione europea; ma rispetto all'elaborazione dottrinaria più consolidata (di cui si è appena dato conto) intendiamo sondare una specifica ipotesi ricostruttiva che, ove si rivelasse fondata, potrebbe innovare l'assunto di partenza per cui il procedimento amministrativo sia una «sintesi organizzatoria»[48].

Bisogna allora essere più precisi.

Poco fa si è notato come i contatti tra gli uffici sovrastatali e nazionali che formano l'amministrazione dell'Unione avvengano di frequente all'interno di circuiti procedimentali in cui essi possono interagire in forme e con intensità variabili; si tratta un fatto abbastanza consueto nella realtà contemporanea in cui sovente allo svolgimento di attività amministrative partecipa una molteplicità di figure soggettive (e di livelli di governo) dotati di autonomia e di prerogative stabilite per legge.

Calati negli ordinamenti dei singoli Stati membri i procedimenti disciplinati dal diritto dell'Unione vanno ad arricchire un panorama di per sé già alquanto ampio e, pur non divergendo morfologicamente da analoghe forme di composizione giuridica ben collaudate nel diritto interno (si pensi ai procedimenti che coinvolgono apparati centrali e enti locali[49]), hanno la peculiarità di connettere corpi amministrativi dislocati in differenti sfere ordinamentali; il che non è un fatto di poco conto[50].

Ora se si indugia a osservare il lato esteriore del fenomeno potrebbe essere facile concludere che esso descriva nientemeno che abituali forme di commistione plurisoggettiva che si realizzano all'interno del procedimento come manifestazione plastica della funzione amministrativa. La conclusione, in sé considerata, non sarebbe per nulla errata e poggerebbe sul dato di comune esperienza per cui di rado un procedimento amministrativo si esaurisce con l'intervento di un solo ufficio, mentre in genere discende dalla combinazione necessitata delle attività di più soggetti[51].

Tuttavia, al di là delle apparenze più immediate e scendendo nel dettaglio, è proprio qui che alligna la radice propriamente organizzativa del

procedimento amministrativo; nel senso che, forse non sempre in maniera del tutto avvertita, la legge (nel qual caso il diritto dell'Unione), tramite la disciplina procedimentale, disvela il profondo legame che intercorre tra la fisionomia dell'amministrazione contemporanea, le strutture che la costellano e i rapporti che esse intrattengono. Inevitabilmente il pluralismo istituzionale e la distribuzione delle competenze incidono sulla posizione del problema: perché non basta dire che l'esercizio dell'attività amministrativa è ripartito su più centri di potere autonomi; occorre invece indagare come in concreto si atteggiano e che consistenza giuridica assumono i loro legami procedimentali[52].

Troppo spesso tale profilo rimane in ombra; non si pone cioè in debito risalto che talvolta la compartecipazione di più entità soggettive all'esercizio di una funzione è qualcosa di più del fatto esteriore che essa proietta e può avere una connotazione più netta e definita: si può tradurre in concomitanti relazioni strutturali, di tipo organizzatorio, che trovano ubicazione all'interno del procedimento amministrativo e lì si ambientano[53]. Quando ciò accade il ciclo procedimentale contrassegna il perimetro entro cui si svolge la relazione organizzativa che al di fuori di esso non emerge se non in maniera del tutto astratta. Il più delle volte tale aspetto passa sotto traccia nelle riflessioni dottrinali ed è offuscato da profili limitrofi e più vistosi della vicenda procedimentale come il contraddittorio e la partecipazione dei privati all'esercizio del potere; tuttavia in un'amministrazione policentrica come quella attuale è proprio il piano dinamico della funzione a offrire un rinnovato banco di prova alla teoria giuridica dei rapporti organizzativi tra enti pubblici.

Questo è ciò che si vuole indicare affermando che il procedimento amministrativo possiede valore organizzativo; vale a dire che talvolta esso diviene il luogo in cui per legge si possono stabilmente svolgere relazioni giuridiche tra figure soggettive che perseguono in concorso un medesimo fine; detto altrimenti: il procedimento amministrativo come teatro di relazioni organizzative a carattere strutturale capaci di restituire unità a

un'amministrazione disaggregata e in continuo movimento[54].

A nostro avviso tale aspetto è particolarmente intenso nei procedimenti amministrativi previsti dal diritto dell'Unione; ma è stato poco approfondito dalla dottrina pubblicistica che in rare occasioni si è posta nell'inversa prospettiva di cogliere i riflessi della disciplina dell'attività sul piano dell'organizzazione; o per meglio dire di classificare i collegamenti soggettivi che ineriscono allo svolgimento di attività amministrative procedimentalizzate[55].

5. *Due esempi: il procedimento per acquisire pacchetti azionari nelle banche*

Ma l'indagine che si propone di compiere non può essere condotta in astratto e necessita di prove tangibili. Valgano allora due esempi. Si consideri anzitutto il procedimento volto ad autorizzare l'acquisto (e la conservazione) di partecipazioni rilevanti in enti creditizi che si svolge nel seguente modo[56].

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento n. 1024/2013 il soggetto interessato presenta una domanda di acquisizione all'autorità di vigilanza nazionale che ne informa senza indugio la Banca centrale europea[57].

L'amministrazione interna è chiamata a esaminare in via preliminare l'istanza e a verificare nella specie se la «potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale»;

dopodiché essa redige una «proposta di decisione» e indica alla istituzione europea la «propria intenzione di opporsi o non opporsi all'acquisizione»[58].

Il procedimento si sposta allora in ambito sovranazionale dove spetta alla Banca centrale europea adottare il provvedimento finale e decidere se «vietare l'acquisizione» o autorizzarla[59].

In particolare – ed è il perno di tutta la procedura – essa adotta il provvedimento finale sulla base della «propria valutazione» della «proposta di acquisizione e del progetto di decisione» nazionale[60].

Da quanto precede emerge abbastanza nitidamente che, sotto l'epidermide del procedimento composto, giace il suo sostrato organizzativo: esso consiste nella relazione ausiliaria che lega l'autorità amministrativa nazionale e quella europea; [61].

Ora si ricorderà che le ipotesi di «ausiliarità» danno luogo a un «riparto di compiti tra uffici collegati» e si verificano quando a un «ufficio spetta il potere di decisione, ad altro ufficio dei poteri o dei compiti che rispetto alla decisione hanno natura complementare: sono poteri e compiti che non sono fini a se stessi, ma senza i quali il potere di decisione non potrebbe dispiegarsi»[62].

Per quel che qui interessa il concetto di ausiliarità – come «formula a carattere sostanzialmente organizzatorio»[63] – rileva sotto un duplice aspetto: da un lato per il significato usuale del termine che implica

«aiuto, soccorso, assistenza, cooperazione etc., da parte di uno allo scopo di sostenere, agevolare, soccorrere o comunque rendere più efficiente l'attività di un altro»[64]; dall'altro per il rilievo giuridico della relazione sottostante che postula l'esistenza di un ente con propria soggettività «utilizzato come mezzo da un altro ente»[65].

Ciò spiega perché in diritto amministrativo la categoria dell'ausiliarità, come rapporto strumentale, sia stata da tempo inquadrata in una prospettiva quasi esclusivamente dinamica[66]. Essa riguarda nello specifico i casi in cui, all'interno di uno stesso procedimento, un soggetto è titolare della potestà provvedimentale in senso proprio, mentre ad altro competono poteri di vario contenuto (preparatori, consulenziali, esecutivi), ma non decisori[67]; entrambi gli uffici concorrono a svolgere la funzione procedimentalizzata, ma uno di essi sta in posizione definibile di coadiuzione rispetto all'altro secondo la specifica configurazione del ruolo assegnato dalla legge[68].

Per andare sul concreto si pensi all'art. 11 della legge 24 marzo 2012, n. 27 sulla «apertura di nuove sedi farmaceutiche». La norma recita che ciascun comune, previo censimento della popolazione residente, «individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio» e «invia i dati alla regione» sotto forma di relazione istruttoria[69]. Una volta ricevute le informazioni necessarie le autorità regionali hanno il compito

di bandire concorsi pubblici per la «copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione e per quelle vacanti»[70]. A tal fine esse devono nominare una commissione giudicatrice che è chiamata a valutare i requisiti partecipativi dei candidati e a stilare una graduatoria di merito che assegna ai vincitori le sedi farmaceutiche messe in palio[71].

L'esempio vuol dimostrare che gli organi ausiliari hanno in genere compiti di natura finale[72]. Essi sono vincolati a svolgere una certa attività che, ove richiesta, serve a raggiungere determinati fini legali; e ciò avviene sempre in collegamento con l'esercizio del potere principale – di stampo decisionale – di cui quello ausiliario è indispensabile comple-mento[73]. La combinazione dei due momenti si consuma all'interno del procedimento amministrativo di cui l'atto ausiliario forma un tassello spesso necessario e qualificante, integrando la fattispecie precettiva sul piano degli effetti[74].

Tale connessione dà vita a «rapporto di collaborazione» immanente alla figura dell'ausiliarità perché indica una tensione di volontà verso uno scopo comune[75]; e che è stata giustamente definita «pertinenziale» in quanto l'ausiliario, pur dovendo coadiuvare l'ufficio principale, conser-va intatta la propria sfera di autonomia[76].

Ora questo è esattamente ciò che accade nella descritta procedura per controllare gli assetti proprietari negli enti creditizi.

L'art. 15, par. 1 del regolamento n. 1024/2013 stabilisce che la «notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio». Ricevuta l'istanza l'autorità nazionale «valuta l'acquisizione proposta e trasmette alla BCE la notifica e una proposta di decisione di vietare o di non vietare l'acquisizione»[77]. Nello specifico essa è tenuta a verificare se la «potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale»; e il suo esame preliminare mette capo a un «progetto di decisione» con cui «propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione»[78]. Esaurita la fase istruttoria il fascicolo passa immediatamente alla Banca centrale europea che «decide se vietare l'acquisizione» o autorizzarla[79]; ma ciò avviene sulla «base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione» redatto dall'autorità di vigilanza nazionale[80].

Ebbene, nel caso in esame, sembra effettivamente possibile scorgere i tratti di un rapporto di ausiliarità procedimentale: qui, infatti, l'operato dell'amministrazione nazionale serve a preparare la successiva attività decisionale dell'autorità dell'Unione; nella specie l'autorità interna è tenuta ad assistere il decisore sovranazionale nell'istruzione procedimentale, stilando un «progetto» e una «proposta» di decisione[81].

Tale attività preliminare è priva di valore provvedimentale in senso stretto dato che il potere decisorio spetta unicamente alla Banca centrale europea. Tuttavia si inquadra nella medesima funzione come suo elemento determinativo: si tratta dunque di un apporto ausiliario nel senso finora precisato, indispensabile nella dinamica di produzione degli effetti legali[82].

Esaminando la successione dei segmenti procedurali per controllare gli assetti proprietari nelle banche la conclusione che se ne trae è che le competenze intestate alle varie autorità si intrecciano nel procedimento amministrativo in vista di un risultato predefinito. La saga procedimentale è il canale prescelto dal diritto dell'Unione per connettere, attraverso una relazione organizzativa posizionata al suo interno, enti di diversa estrazione ordinamentale che collaborano per scopi comuni.

6. (Segue). *Le procedure di vigilanza sulle multinazionali del mercato digitale*

Si prenda adesso un altro esempio.

Il 15 dicembre 2020 l'Unione europea ha pubblicato la proposta n. 2020/361 per adottare un regolamento sul «mercato unico dei servizi digitali». Dopo una lunga attesa il documento è intervenuto a colmare un vuoto legislativo non più procrastinabile e ha dettato «norme armonizzate sulla prestazione di servizi intermediari nel mercato interno»[83]. Questi

i suoi obiettivi: «stabilire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile»[84]; contrastare la diffusione di «contenuti illegali» in rete[85]; garantire la neutralità delle piattaforme telematiche[86]; tutelare i diritti fondamentali degli utenti[87].

La nuova normativa si applicherà a tutti i «servizi intermediari prestati a destinatari il cui luogo di stabilimento o di residenza si trova nell'Unione» (il riparto delle funzioni di vigilanza segue dunque un criterio territoriale)[88]; e riguarderà nello specifico i servizi di semplice trasporto ("mere conduit"), di memorizzazione temporanea ("caching") e di memorizzazione su richiesta dell'utente ("hosting")[89]. In quest'ultima categoria rientrano le «piattaforme online», come i social network o i mercati digitali[90], che possono assumere «dimensioni molto grandi» se «prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni», ossia al 10% della popolazione totale dell'Unione[91].

L'esecuzione del nuovo regolamento è stata affidata a un «sistema comune» di autorità amministrative formato dalla Commissione, dai coordinatori nazionali dei servizi digitali e dal comitato che li riunisce[92]; in base al disposto regolamentare essi «cooperano tra loro» secondo collaudati

meccanismi di coamministrazione delle funzioni di vigilanza[93]. La proposta di regolamento ha assegnato alla Commissione e alle autorità nazionali rilevanti poteri istruttori (possono richiedere informazioni ai prestatori di servizi digitali; possono ispezionare i loro locali aziendali; possono sequestrare documenti; possono verbalizzare qualunque dichiarazione) e altrettanto incisivi poteri decisionali (possono ordinare la cessazione di comportamenti illeciti; possono imporre misure correttive e accettare impegni vincolanti; possono adottare misure cautelari; possono irrogare sanzioni pecuniarie e penalità di mora) da esercitare nel rispetto del principio del contraddittorio coi destinatari[94].

La vigilanza settoriale spetta in prima battuta alle autorità nazionali (secondo il menzionato criterio del luogo di stabilimento dell'impresa vigilata), anche se sono previsti specifici meccanismi di interlocuzione con la Commissione. Le autorità pubbliche dell'Unione e degli Stati membri sono infatti collegate attraverso raccordi di natura procedimentale ed è qui che si può apprezzare più nitidamente l'intensità della loro collaborazione.

Tanto accade, ad esempio, nella procedura di «cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali» che si svolge nel seguente modo.

Il procedimento è avviato da qualunque coordinatore nazionale dei servizi digitali che può chiedere al coordinatore competente per territorio di «valutare la questione e di adottare le misure di indagine e di esecuzione necessarie» qualora vi sia il sospetto che un prestatore di servizi intermediari abbia violato le norme del nuovo regolamento[95]. La richiesta è motivata in punto di fatto e diritto, ed è corredata delle prove necessarie[96]. Ricevuta l'istanza il coordinatore interpellato avvia quindi l'indagine ed entro due mesi comunica la propria valutazione del caso, indicando le eventuali misure adottate[97].

Laddove l'autorità proponente «non abbia ricevuto una risposta» alla propria richiesta nel termine previsto, oppure «non concordi con la valutazione del coordinatore dei servizi digitali» interpellato[98], può deferire la questione alla Commissione che la esamina entro tre mesi. Se giunge a conclusioni diverse da quelle dell'autorità nazionale che ha condotto

l'indagine la Commissione le può chiedere di «valutare ulteriormente la questione e di adottare le misure di indagine o di esecuzione necessarie» nei successivi due mesi[99].

Tuttavia il procedimento non termina qui: se l'indagine riguarda una «piattaforma online di grandi dimensioni» e il coordinatore dei servizi digitali competente non ha svolto il supplemento istruttorio richiesto dalla Commissione[100], quest'ultima può richiamare a sé il procedimento di vigilanza e da quel momento il «coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento interessato non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione in relazione alla pertinente condotta della piattaforma online di dimensioni molto grandi interessata»[101]. Egli può solo coadiuvare la Commissione, fornendole il fascicolo d'indagine con tutte le informazioni necessarie affinché questa possa adottare la decisione più appropriata nei confronti della piattaforma telematica vigilata[102].

Un procedimento in parte analogo si osserva per la «vigilanza rafforzata sulla piattaforme online di dimensioni molto grandi». In base alle disposizioni del nuovo regolamento quest'ultime sono soggette ad alcuni specifici oneri comportamentali come ad esempio: adottare misure cicliche di attenuazione dei rischi sistemici (ossia la manipolazione dei dati e la loro illegale divulgazione); sottoporsi ogni anno ad audit indipendenti; detenere un registro dei dati pubblicitari diffusi al pubblico; istituire un ufficio di contatto con le autorità di settore[103]. In caso di una o più sospette violazioni la Commissione, il comitato dei coordinatori o almeno tre coordinatori nazionali dei servizi digitali possono interpellare il coordinatore competente per territorio e chiedergli di avviare un'indagine[104].

Aperto il procedimento l'autorità agente prende subito contatto con la piattaforma telematica vigilata e le può chiedere di elaborare anzitutto un «piano di azione in cui precisi come intende far cessare o porre

rimedio alla violazione»[105]; e poi di sottoporsi a un «audit indipendente supplementare che consenta di valutare l'efficacia di tali misure nel far cessare o porre rimedio alla violazione»[106]. Esauriti tali passaggi istruttori il coordinatore dei servizi digitali comunica alla Commissione, al comitato e alla piattaforma online se ritiene o meno che le misure intraprese abbiano rimediato alla violazione riscontrata; dopodiché egli «non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione»[107].

Il motivo è presto spiegato: qualora infatti persista una violazione regolamentare spetta solo alla Commissione il potere di intervenire, al posto dell'autorità nazionale, nei confronti della piattaforma digitale con una decisione puntuale[108]. Si ripete allora lo stesso schema già visto nel precedente procedimento: la Commissione avvia un'indagine in autonomia, ma col supporto dell'autorità nazionale, e al termine adotta il provvedimento di vigilanza più adatto a reprimere la violazione.

Ora è sicuramente prematuro avanzare previsioni sull'impatto che avrà il nuovo regolamento sui servizi digitali dell'Unione all'indomani della sua entrata in vigore; un dato tuttavia appare di estremo valore e si deduce dalla struttura dei due procedimenti appena analizzati che forniscono interessanti spunti di riflessione nella direzione intrapresa.

Andando infatti oltre il profilo puramente esteriore rappresentato dalla contitolarità della funzione tipica dei casi di coamministrazione, emerge con ogni evidenza che in entrambi i procedimenti il legislatore dell'Unione ha posizionato una relazione organizzativa che esprime il momento culminante della collaborazione tra le autorità amministrative coinvolte[109]. I due procedimenti si caratterizzano, a ben vedere, per il potere della Commissione di sostituirsi al coordinatore nazionale dei servizi digitali

nei casi tipicizzati dal regolamento; e in questo senso hanno anche, e soprattutto, valenza organizzativa[110].

La regolamentazione settoriale sui servizi digitali sembra dunque comprovare, ove ce ne fosse ancora bisogno, l'elevato potenziale scientifico che si annida nei «sistemi comuni» dell'Unione; e conferma l'utilità di studiare la disciplina del procedimento amministrativo non solo sul piano formale (la scansione in fasi) o sul piano sostanziale (l'esercizio del potere pubblico), ma anche nei suoi immanenti aspetti organizzativi: cioè dalla (poco esplorata) prospettiva delle relazioni organizzative procedimentali tra apparati pubblici.

7. *La valenza organizzativa del procedimento amministrativo: profili critici e proposte di riflessione*

Il quadro giuridico, così tratteggiato, diviene allora più nitido nella prospettiva tracciata e permette di svelare una dimensione non sempre adeguatamente lumeggiata del procedimento amministrativo: la dimensione organizzativa.

Occorre però un chiarimento.

Che il procedimento possa rispondere a un'esigenza di tal genere – come si è anticipato – è un aspetto da tempo posto in luce dalla dottrina italiana, anche se spesso offuscato da profili più eclatanti della medesima vicenda: si pensi ai temi del contraddittorio, della partecipazione, dell'esercizio del potere sui cui la scienza giuridica si è lungamente esercitata.

Tuttavia, al di là di ciò, è stato autorevolmente sostenuto che nel

procedimento amministrativo può anche «intravvedersi, più che come substrato, come componente di base, un fenomeno di organizzazione, tanto più degno di attenzione questo quanto più il procedimento, non limitandosi a svolgersi secondo contatti tra organi di uno stesso ente, implichi il superamento dei confini determinati dalla personalità di quest'ultimo, e coinvolga così il concorso, nel proprio ambito, di una pluralità di uffici appartenenti a soggetti giuridici distinti»[111]; e parimenti si è osservato che il «procedimento amministrativo è qualcosa di più di un'attività preparatoria. Esso è il riflesso, nell'attività, dell'organizzazione: come quest'ultima è ordinata sul principio della distribuzione delle funzioni, la prima è ordinata sul principio di articolazione, per cui i momenti in cui essa si svolge sono distintamente rilevanti e regolati. Insomma, il procedimento è il profilo dinamico dell'organizzazione»[112].

Lo stesso è stato detto, non casualmente, a proposito del sistema ordinamentale dell'Unione europea dove il procedimento amministrativo non di rado «serve a completare l'organizzazione. Esso consente ai vari pubblici uffici di assolvere i rispettivi compiti, di scambiarsi informazioni, di collaborare, a volte in modo dialettico. In questo senso, può dirsi che il procedimento abbia una valenza organizzativa»[113].

In ciascuna delle ricostruzioni citate ricorre una condivisibile idea di fondo: ossia che nel procedimento amministrativo esiste un lato organizzatorio strettamente connesso a quello dell'attività; entrambi possono risultare così intrecciati da renderne spesso difficoltosa la scissione. Lo schema procedimentale può essere alternativamente inquadrato nell'uno o nell'altro angolo visuale; e risalta per la sua intrinseca capacità di convogliare (e collegare) dinamicamente organi e uffici in una trama unitaria[114].

Tuttavia a noi pare che la prospettiva esegetica appena evocata – indiscutibile da un punto di vista di teoria generale – possa essere maggiormente specificata alla luce dei casi empirici poc'anzi citati;

rilevando cioè che il procedimento amministrativo possiede valenza organizzativa tutte le volte in cui la legge ripone al suo interno una relazione organizzativa tra figure soggettive autonome.

Questo aspetto è parzialmente diverso dall'ipotesi finitima – cui alludono gli autori in precedenza richiamati – che ricorre quando la legge disciplina un procedimento strutturalmente aperto alla presenza, necessaria o eventuale, di più enti pubblici che intervengono e operano sinergicamente al suo interno[115].

È di tutta evidenza infatti che un conto è parlare di procedimenti complessi (o pluristrutturati) per la partecipazione doverosa o episodica di più figure soggettive in azione; altro è dire che il loro concorso procedimentale risponde a una logica organizzativa in quanto è il frutto di una relazione organizzativa posizionata dalla legge dentro i confini del procedimento amministrativo[116].

In altre parole il ragionamento proposto intende rimeditare l'idea, autorevolmente argomentata, per cui il procedimento possegga anche un risvolto organizzativo. Che ciò accada è fuor di dubbio. Ma dipende non tanto dalla frequente e fisiologica convergenza di più autorità amministrative al suo interno; bensì dalla presenza di una relazione organizzativa che le lega nel contesto della serie procedurale. I due procedimenti esaminati, forse inconsciamente, sembrano marcare tale sfumatura quando ricostruiscono in termini di *ausiliarità* e di *sostituzione* l'intima sostanza della relazione procedimentale tra le due amministrazioni contitolari della funzione.

Se ne potrebbe allora inferire una conclusione di più estesa portata: ossia che l'essenza delle relazioni organizzative, qualora esistenti e tipicizzate, è di costituire modi normativamente previsti per consentire a più soggetti di svolgere la stessa funzione in vista di un unico obiettivo[117]; in una

parola di collaborare come plasticamente testimoniano i procedimenti di coamministrazione dell'Unione europea.

8. *Verso una rinnovata teoria giuridica della relazioni organizzative*

Ci sono a questo punto tutti gli ingredienti per provare a trarre qualche conclusione di più ampio respiro teorico.

Le relazioni organizzative procedimentali sono lo specchio di un'organizzazione pubblica che nel tempo ha mutato pelle ed è passata da un sistema compatto a un complesso disaggregato e multilivello[118]. In ogni cambiamento si verifica sempre, anche a livello inconscio, un'inversione di prospettiva; e tanto è avvenuto anche nel caso delle relazioni organizzative.

Il breve studio sin qui condotto ha tentato di mostrare come le relazioni organizzative non ricalchino più le dinamiche tipiche di una amministrazione ordinata verticalmente, scarna di apparati e rigidamente accentrata; dove la regola era la netta suddivisione dei ruoli che sempre potevano calare dall'alto e qui eventualmente risalire[119]. Codesta visione presupponeva che il potere amministrativo fosse concentrato in pianta stabile all'apice dell'organizzazione, e da qui potesse essere distribuito ai livelli inferiori secondo criteri di riparto prevedibili e statici[120]. In breve

si era al cospetto di un'entità amministrativa uniforme e omogenea; visibile solo attraverso i suoi atti espressivi della volontà statuale; dove le dinamiche interne all'organizzazione rimanevano perlopiù in retrovia, confinate in un ambito privo di visibilità esterna[121].

Che il volto dell'organizzazione amministrativa sia adesso ampiamente mutato, anche per l'influsso dell'integrazione europea, è circostanza da tempo segnalata nelle riflessioni dottrinali; e ciò ha riguardato anche le relazioni tra i diversi centri coinvolti nella cura degli interessi pubblici che non possono più essere delineate secondo schemi (o meglio: secondo suddivisioni di competenze) riferibili a un unico soggetto collocato al vertice della piramide organizzativa. L'esistenza di un simile modello non è più predicabile dopo la rottura dell'unità gerarchica e la graduale ascesa dei principi costituzionali di autonomia, decentramento e differenziazione che hanno segnato il formale trapasso verso un sistema reticolare di poteri e interessi pubblici collocati anche al di fuori del territorio nazionale[122]. Il fatto è sufficientemente noto e su di esso non occorre intrattenersi;

ciò che invece conta rilevare è che la trasformazione in senso pluralistico dell'ordinamento giuridico ha investito anche la teoria delle relazioni organizzative che all'evidenza non possono più essere filtrate attraverso lo schema (che ben si può considerare) recessivo dell'unità statocentrica e del correlato impianto piramidale[123].

L'immagine di una realtà profondamente modificata non esime tuttavia dal ricercare le ragioni che giustificano la persistenza di relazioni giuridiche – o meglio di collegamenti che hanno consistenza giuridica – tra figure soggettive dotate di autonomia che agiscono in un'organizzazione frammentata in un coacervo di poteri concomitanti[124]. Come hanno tentato di dimostrare i vari esempi riportati nelle pagine che hanno preceduto la risposta all'interrogativo, pur non agevole, dev'essere proprio ricercata nella rinnovata fisionomia dell'ordinamento contemporaneo: le relazioni organizzative, all'inizio concettualizzate per un sistema ordinato per gradi, fanno ora leva su un'esigenza di *flessibilità* (o di elasticità) più adatta a un'amministrazione complessa e disaggregata[125]; questo è il dato di fondo (o meglio: l'elemento comune) che sembrerebbe emergere dalla nostra trattazione.

Per meglio intendersi.

Nell'organizzazione contemporanea i rapporti tra le persone giuridiche pubbliche rifuggono all'evidenza ogni tentativo di rigida partizione come avveniva nella precedente esperienza; reclamano invece una qualità inversa che è quella di sapersi adattare ai differenti settori di governo della società

e alle specifiche necessità di pubblico interesse che lì si manifestano[126]. Poco importa sapere ogni volta chi è sovraordinato, chi è parificato, chi sta in posizione strumentale; non si dànno collocazioni invariabili; non vi è più un unico soggetto, un attore privilegiato, da cui fuoriescono tutte le attribuzioni e le competenze amministrative[127].

Le relazioni organizzative, per come tramandate di consueto, certo permangono anche nel nuovo quadro dell'amministrazione, e non potrebbe essere altrimenti; ma quel che adesso rileva è il diverso scenario in cui esse si collocano (l'ordinamento declinato al plurale[128]) e il risultato pratico cui esse aspirano (la cura congiunta dell'interesse pubblico[129]): due fattori che condizionano le modalità di collegamento tra gli enti interessati.

Ecco allora che in un contesto caratterizzato da una galassia di poteri congeneri le relazioni organizzative, altrimenti evanescenti se inquadrate secondo la loro tradizionale versione teorica, riscoprono un ruolo essenziale di collante sistemico; e lo fanno nella sede che, meglio di altre, è in grado di governare la moltiplicazione delle competenze presenti in un'organizzazione in perenne movimento, conferendole la necessaria agilità di manovra: il procedimento amministrativo[130].

Il passaggio è di fondamentale importanza.

L'attenuazione del modello gerarchico, e la sua tendenziale sostituzione ad opera di un principio di legittimazione a carattere procedimentale, hanno ridefinito il volto delle relazioni organizzative per come tradizionalmente intese; in origine configurate per una amministrazione costruita secondo un ideale di rigida gradualità, esse hanno dovuto rinnovare se stesse nel momento in cui la dimensione piramidale dell'organizzazione si è slegata in una miriade di figure soggettive autonome che di regola agiscono attraverso il paradigma procedimentale[131].

Il punto di svolta sta, insomma, nell'avvento del procedimento amministrativo come modulo ordinario di svolgimento delle funzioni amministrative in un'organizzazione complessa e come canale di collegamento dinamico tra poteri pubblici. È qui che la legge intende ricomporre in unità il pluralismo che connota la società contemporanea; ed è ancora qui che oramai albergano le relazioni organizzative che (ri) acquistano così piena evidenza esteriore e rinforzata dignità sul piano della teoria giuridica.

Nella loro nuova veste esse rilevano entro, e non oltre, il perimetro del procedimento amministrativo ed emergono in occasione di esso; è per questo che hanno il carattere della *duttilità* in quanto scandiscono connessioni variabili in base al tipo di funzione ideata dalla legge. Fuori dal procedimento amministrativo non vi possono essere, se non da un punto di vista del tutto astratto, relazioni organizzative[132]: è questo il diverso orizzonte di inserimento che esse hanno (ri)guadagnato nella dogmatica giuridica dell'organizzazione pubblica.

Certo si potrebbe in altro avviso obiettare che così facendo si finisce per smarrire il tratto qualificante delle relazioni organizzative che era – ed è – dato dalla loro tendenziale stabilità (o prevedibilità); il rilievo non sarebbe in sé privo di potenziale fondamento, ma ad esso si può opporre che in realtà il problema è solo apparente dato che l'evidenziata qualificazione (non in discussione presso la dottrina pubblicistica) va adesso intesa in senso affatto differente rispetto all'abitudine più consolidata.

Le relazioni organizzative ben si possono considerare stabili se inquadrate nella logica di risultato tipica dell'intelaiatura procedimentale. È una stabilità che si potrebbe definire contingente (ma non casuale) perché scaturisce dalla specifica fisionomia della funzione amministrativa e dal modo in cui la legge sceglie di aggregare, volta per volta e in modi sempre diversi, gli enti pubblici che ne fanno parte[133]. La flessibilità delle relazioni organizzative importa che una figura soggettiva che ricopre per legge un certo ruolo all'interno di una funzione, ne può poi assumere un altro in un diverso contesto procedurale; si tratta, insomma, di una stabilità cinetica e mobile che si rinnova nella continua tensione dell'attività amministrativa al suo scopo naturale: l'interesse pubblico.

L'esempio dei procedimenti di coamministrazione è in questo senso eloquente: sono infatti procedimenti che rilevano anzitutto in chiave organizzativa – si direbbe quasi che diano luogo a una organizzazione procedimentale – e che si adattano alle esigenze specifiche dei settori in cui il diritto dell'Unione intende conseguire un effetto di integrazione tra figure soggettive autonome in vista di un unico obiettivo[134].

L'eterogeneità dei fini rilevabili nei settori comuni richiede di modellare relazioni organizzative procedimentali differenziate e capaci di adattarsi alle cangianti necessità di pubblico interesse indicate dalla legge; la quale ogni volta può decidere di raccordare in modo diverso persone giuridiche in principio poste su un piano di reciproca indifferenza[135]. Nel corso

della trattazione ne abbiamo evidenziato la logica intrinseca: nella realtà contemporanea – di cui l'Unione europea è parte costitutiva – è frequente che una pluralità di soggetti, e quindi di poteri pubblici, formalmente separati venga attivata per risolvere un solo problema amministrativo. In simili occasioni assume preminente centralità il problema del loro collegamento dinamico per raggiungere il risultato previsto; e la trama organizzativa è esattamente il prodotto dei nessi giuridici che inquadrano le figure soggettive all'interno della procedura amministrativa[136]. Quando ciò accade subentrano le relazioni organizzative come modi normativi per coniugare enti autonomi in procedimenti complessi diretti a uno scopo comune[137].

9. *Relazioni organizzative e buon andamento dell'azione amministrativa*

Quanto precede testimonia, in conclusione l'utilità di inquadrare le relazioni organizzative in una prospettiva dinamica e giustifica l'approfondimento che ha provato a rinverdire, in chiave problematica, la riflessione sul tema prescelto.

Se un elemento di sintesi è emerso dal discorso è che le relazioni organizzative, ricollocate nella loro appropriata dimensione topologica, assicurano il buon funzionamento dell'apparato amministrativo, la sua tangibile epifania nel momento della azione. Nella dinamica relazionale – perché di ciò si tratta – le singole figure soggettive sono chiamate a esercitare i propri poteri in una condizione di reciprocità da cui non si possono sottrarre. Il collegamento plurisoggettivo può assumere morfologia diversa a seconda dei contesti d'intervento, ma ciò che conta è l'intelaiatura procedimentale che è in grado finalmente di mostrare il potenziale delle relazioni organizzative nella produzione degli effetti finali della funzione amministrativa[138].

Le relazioni organizzative, ogni volta che sono previste dalla legge, divengono un mezzo per consentire all'attività amministrativa di proseguire senza ostacoli verso i suoi obiettivi. In quest'ordine di idee si può sostenere che le relazioni organizzative, e l'intreccio collaborativo che esse esprimono, possiedono un sostrato di immanente doverosità; nel senso che sono legate a funzioni qualificate come obbligatorie per il grado di inderogabilità dei fini segnati dalla legge[139].

Per loro natura le relazioni organizzative garantiscono la continuità dell'azione amministrativa, evitano interruzioni nella cura degli interessi pubblici e danno la misura di come, in un'organizzazione complessa, il potere esercitato dalle singole autorità è molto spesso un ingranaggio di un più ampio meccanismo rivolto a conseguire determinati risultati; così facendo esse creano una rete di connessioni – di tipo procedimentale – fra i diversi centri di cura di interessi pubblici a struttura composita (come testimoniano i casi trattati di coamministrazione).

Per le stesse ragioni le relazioni organizzative sono un antidoto al problema dell'inefficienza amministrativa e un viatico per una migliore amministrazione in risposta alla frammentazione delle competenze in un'organizzazione policentrica. Nella loro quotidiana applicazione esse compongono l'azione amministrativa e i suoi fini entro un sistema unitario che li riconduce alla fonte immediata della loro giustificazione nella società[140]. Nel concreto le relazioni organizzative attuano il precetto costituzionale del buon andamento tutte le volte che il legislatore intende fare in modo che l'azione degli apparati pubblici avanzi senza indugi alla sua meta; e tale conclusione riposa sul connubio insolubile tra attività e organizzazione consacrato nel testo fondamentale agli artt. 97 e 98: da una parte il potere, come forza giuridica, con i suoi intrecci dinamici; dall'altra il dovere di risultato che sta alla base della funzione e che esprime il vincolo che lega l'amministrazione all'ordinamento e quindi alla comunità[141].

Le relazioni organizzative, ricollocate all'interno del procedimento, sono l'anello di congiunzione tra la statica e la dinamica amministrativa; tra la funzione e l'organizzazione come ha provato a dimostrare il binomio di esempi proposti. I rapporti di sovraordinazione nelle loro evocate sfaccettature; i momenti di necessaria equiordinazione tra poteri interferenti a un pari livello di incidenza; le posizioni di strumentalità variamente declinate sono tutti accomunati dalla stessa esigenza di rilievo costituzionale: assicurare il buon andamento dell'attività amministrativa – inteso come spedito e inostacolato perseguimento di risultati di pubblico interesse da parte di figure soggettive collegate, alla cui elastica realizzazione esse cospirano[142]. Si è dunque al cospetto di congegni normativi (formali e perciò prevedibili) intesi a razionalizzare l'amministrazione complessa e a rimuovere le barriere che la separano dalle finalità (unitarie) che essa deve raggiungere per ragioni di efficienza[143].

Una ricerca sul tema delle relazioni organizzative che voglia conseguire un traguardo, pur minimo, di utilità sul versante teorico ne deve mostrare anche le ricadute sul piano empirico; ed è questo forse l'indicatore più affidabile per misurare la persistente utilità dell'amministrazione pubblica (e della sua dogmatica giuridica) e per saggiarne la reale capacità, pur tra numerosi travagli, di adempiere alla sua missione quotidiana al servizio della collettività[144].

L'amministrazione Condivisa: Note Sparse Su Co-Progettazione Ed Enti Del Terzo Settore

1. *Riflessioni per un dialogo sulla co-amministrazione*

Lo studio sui beni comuni urbani presente in questo volume[1] adotta sul tema, al contempo, una prospettiva di ampio respiro – concernente il progressivo acquisto di consapevolezza da parte dei cittadini e delle Amministrazioni locali circa le sinergie utili per il recupero di un *droit à la ville* – e un angolo visuale più squisitamente tecnico – afferente alla natura giuridica delle fonti che regolano detto acquisto di consapevolezza nelle sue applicazioni fattive – che indagano sul ruolo della c.d. società civile nella gestione di beni urbani asserviti a funzioni d'uso e di godimento generalizzate.

Tra le fonti regolatrici dei rapporti tra Amministrazioni territoriali e società civile, grande attenzione è dedicata a quella che più da vicino ne detta la cifra, cristallizzando reciproci diritti e obblighi: il patto di collaborazione, ovvero quel «patto attraverso il quale Comune e cittadini attivi definiscono l'ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani»[2].

Si tratta di uno strumento che – pur nella sua configurazione consensualistica quale *pactum* – nondimeno contiene elementi di autoritatività, stante la sua funzionalizzazione a fini sociali e d'interesse generale. Il dibattito sulla sua natura giuridica oscilla tra la sua riconduzione al *genus* degli accordi *ex* art. 11, l. n. 241/1990, e il suo inquadramento nella categoria dei contratti cui applicare il codice civile. Dalla rilevazione delle criticità di entrambi gli orientamenti sorge la terza ipotesi, secondo la quale i patti di collaborazione s'inquadrerebbero in atti amministrativi di natura non autoritativa[3], pur nella difficoltà d'incasellare rigidamente lo strumento, di per sé atipico e flessibile (tanto da assumere, in taluni casi, sfumature maggiori d'autorità rispetto a quelle del consenso).

Non v'è chi non abbia peraltro ricondotto la natura dei patti di collaborazione al *genus* dei «provvedimenti attributivi di vantaggi economici», *ex* art. 12, l. n. 241/1990[4], nei quali possono farsi rientrare le concessioni di beni, laddove il patto di collaborazione sia preceduto dalla scelta del soggetto col quale l'Amministrazione intende, appunto, collaborare, cedendogli il diritto d'uso del bene a fini d'utilità sociale.

Ciò in quanto quella disposizione si limita a richiedere la «predeterminazione […] dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi» nella scelta del concessionario in applicazione dei principi generali sull'azione amministrativa. Segnando, così, un *discrimen* con la disciplina degli appalti pubblici, che invece deve attenersi al codice dei contratti pubblici. La disposizione si candida, dunque, a fonte di

legittimazione, idonea a fornire copertura legislativa ai regolamenti per l'amministrazione condivisa e dei susseguenti patti di collaborazione tra cittadini e Amministrazione, là dove essi riguardino la concessione di vantaggi economici a privati per fini di interesse generale[5].

V'è da notarsi che, secondo le recenti Linee guida ministeriali, i patti di collaborazione possono configurarsi quali attuazioni di una scelta puramente politica dell'Amministrazione locale[6]: esercizio di ampio potere discrezionale, come confermato dalla giurisprudenza[7].

V'è un aspetto che, peraltro, merita attenzione a parer di chi scrive, al quale lo stesso scritto che ispira questo contributo ha dedicato un denso passaggio: nella gestione dei beni comuni da parte dei cittadini – associati o singoli – in collaborazione con l'Amministrazione, costoro «condividono» con essa «la funzione amministrativa». Co-amministrano: in via integrativa rispetto all'apporto delle pp.AA., si specifica.

Ora, questa *administratio* condivisa implica il sorgere di una relazione tra l'Amministrazione e i privati che, nel solco di un'attività pubblicistica per il bene comune della collettività, può far uscire quei privati dalla loro sfera di autonomia, almeno in parte, riservando loro un regime *para*-pubblicistico.

Nondimeno, non tutti i soggetti privati contribuiscono alla co-amministrazione allo stesso modo: come si vedrà, è ragionevole pensare che – in effetti – l'amministrazione condivisa non si realizza semplicemente laddove tra privato e p.A. sorga una qualche forma di collaborazione, bensì quando il legame relazionale sia formalizzato in un *pactum* e quel privato risponda a caratteristiche precise che lo rendano in qualche misura imparziale rispetto alle esigenze di mercato o a quelle puramente pubblicistiche. In altre parole, *terzo*.

È allora opportuno soffermarsi sulle relazioni organizzative che si instaurano tra la p.A. e questa categoria di soggetti privati – denominati Enti del Terzo Settore (o ETS) – e le conseguenze di questo legame sulla loro autonomia giuridica.

2. *Il "polo privato" delle collaborazioni con la p.A.: la categoria degli ETS in una recente pronuncia della Consulta*

Una prospettiva particolare su questo punto può esser offerta guardando – più ampiamente – al tema della co-progettazione e dei soggetti ai quali la medesima è riservata, ovvero gli Enti del Terzo settore, i quali – non di rado – sono chiamati a gestire beni comuni fornendo servizi alla collettività.

In proposito, può assumersi quale punto di partenza dell'esame una nota e abbastanza recente pronuncia della Consulta[8] in merito alla legittimità costituzionale di una disposizione della Regione Umbria[9] la quale, nel disciplinare a livello regionale le «cooperative di comunità», le includeva nel novero dei soggetti che possono partecipare alle attività di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento con le Amministrazioni pubbliche ai sensi della disposizione statale, l'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, c.d. Codice del Terzo Settore.

La norma regionale era stata impugnata per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost. perché avrebbe previsto una estensione indebita delle attività *ex* art. 55, Codice Terzo Settore alle cooperative di comunità, non

contemplate dal legislatore dello Stato[10]: secondo le censure[11], l'art. 5, l.r. Umbria cit., prevedendo il coinvolgimento (anche) delle cooperative di comunità nell'attività di cui all'art. 55 Cod. terzo settore, avrebbe contrastato proprio con quest'ultima disposizione, non costituendone corretta applicazione. Secondo lo Stato ricorrente, la norma statale limitava il coinvolgimento ai soli ETS, «tra i quali, *pacificamente*, non sono ricomprese le cooperative di comunità»[12]. Sicché, l'indebito ampliamento del novero dei soggetti ammessi alle attività di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento avrebbe costituito invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia dell'ordinamento civile[13].

Secondo la Corte la censura è pertinente e astrattamente fondata: gli Enti del Terzo Settore sono disciplinati da stringenti regole d'individuazione, legate all'esistenza di specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo

dell'attività. Pertanto, se la disposizione regionale mirasse effettivamente all'ampliamento delle attività *ex* art. 55, d.lgs. n. 117/2017, anche alle «cooperative di comunità», non contemplate dal legislatore statale, si verificherebbe una indebita omologazione di questi soggetti giuridici agli enti del terzo settore.

Tuttavia, il Giudice ha preferito offrire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata.

La legge regionale infatti non assimila in alcun modo le cooperative di comunità agli ETS: l'art. 2 di quella legge fa riferimento più in generale alle «società cooperative», le quali possono essere costituite in uno dei loro sottotipi quali *a)* la cooperativa sociale, *b)* la cooperativa a mutualità prevalente ovvero *c)* una cooperativa che non contempli una clausola di non lucratività nel suo statuto.

Le cooperative sociali *sub* lett. *a)*, nello specifico, possono essere peraltro qualificate come «imprese sociali» ove rispettino i requisiti dettati dal d.lgs. n. 112/2017.

Soltanto in quest'ultima ipotesi – nella quale appunto la cooperativa di comunità sia costituita quale cooperativa sociale *sub* lett. *a)*, ovvero qualificabile come impresa sociale – la cooperativa di comunità potrà essere qualificata come ETS e trattata come tale anche ai fini dell'art. 55, Codice Terzo Settore.

Laddove invece la cooperativa di comunità sia differentemente costituita (perché gli statuti non contemplano la clausola di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ.) o qualificata (perché essa non ritenga di acquisire la qualifica di impresa sociale), rimane fermo che alla stessa non sarà riferibile alcuna delle forme di coinvolgimento attivo disciplinate dall'art. 55, Cod. Terzo Settore.

Questa interpretazione così orientata ha consentito alla Corte di ritenere che la norma regionale umbra impugnata prevede che le Amministrazioni pubbliche possano, per un verso, coinvolgere nelle attività *ex* art. 55, Cod. Terzo settore, gli ETS tra i quali possono essere ricomprese le cooperative di comunità costituite quali imprese sociali, e per altro verso, disciplinare *altre* forme di coinvolgimento – *diverse* da quelle procedimentalizzate nel citato art. 55 – per le cooperative di comunità in quanto tali.

La questione di legittimità costituzionale è, pertanto, dichiarata non fondata con sentenza interpretativa di rigetto.

3. *Co-progettazione ed ETS*

La pronuncia rivela alcuni profili d'indubbio interesse circa le relazioni intercorrenti tra pubbliche Amministrazioni ed Enti del Terzo Settore. Ciò in quanto – oltre a salutare finalmente le forme di co-programmazione, co-progettazione, convenzione e accreditamento come formule attuative del principio di sussidiarietà orizzontale[14] – la Consulta ha tracciato con una certa nettezza un confine definitorio degli ETS quali soggetti "privilegiati" nel rapporto con l'Amministrazione.

Questa operazione interpretativa dell'elenco dei soggetti giuridici inclusi nel novero degli ETS da parte della norma statale, l'art. 4 CTS, è fatta alla luce del dettato di cui all'art. 118, co. 4, Cost., ai sensi del quale – come noto – «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

La pedisseequa citazione del testo è necessitata dall'esigenza di isolare i termini di quella disposizione che guidano l'ermeneusi della Consulta: «*favoriscono*» e «*autonoma*».

L'importanza ai nostri fini di queste due locuzioni è presto spiegata, utilizzando la lente di lettura dell'«interesse generale», pure presente nell'ordito normativo. La scelta del legislatore costituzionale di utilizzare il verbo *favorire* e l'aggettivo *autonoma* poggia, infatti, sulla distinzione che v'è da farsi – a monte – tra interesse pubblico e interesse generale.

La nozione di «interesse pubblico», pur centrale nel nostro Diritto amministrativo, non compare mai in Costituzione, lasciando piuttosto

spazio a quella di «interesse generale», presente in tre articoli[15]. Il rapporto tra queste due espressioni è stato tradizionalmente inquadrato in una sostanziale omogeneità[16] e sinonimia, sebbene lo stesso potrebbe pensarsi in termini di estraneità, per cui l'interesse generale sarebbe una sorta di interesse pubblico appartenente a una collettività indeterminata e tuttavia non inquadrabile in una posizione giuridicamente azionabile; una posizione infine differente, più mediata, alla quale peraltro qui si aderisce, vede nell'interesse generale qualcosa di *più ampio* rispetto all'interesse pubblico: qualcosa che va inteso – esattamente come l'interesse pubblico – d'interesse della società, della collettività (sia essa organizzata o meno), ma *non* connotato dalla doverosità che invece imbeve di sé soltanto la *species* dell'interesse pubblico.

In altre parole, l'interesse generale fa capo a tutti i componenti di una collettività, è più ampio dell'interesse pubblico perché può essere perseguito *anche* da soggetti privati, e non soltanto dalle pubbliche Amministrazioni. Tuttavia, proprio perché esso può essere perseguito anche da privati, quel medesimo perseguimento è soggetto all'iniziativa *autonoma* – intesa come *non eteronoma* – e dunque spontanea e soprattutto disponibile.

D'altra parte, quella iniziativa *autonoma* dev'essere *favorita* dalle pubbliche Amministrazioni: le quali non possono – e non devono – farsene carico, attenendo essa a interessi generali e non pubblici, ma al contrario sono tenute a creare le migliori condizioni perché i privati la assumano.

Il perseguimento degli interessi generali va dunque visto come operazione condotta da due differenti "polmoni" dell'ordinamento: uno è quello dell'apparato pubblico, delle pp.AA.; l'altro è quello degli ETS. Questi "polmoni" devono lavorare insieme, senza che l'uno si sovrapponga all'altro: garantendo le rispettive soggettività e appartenenze a due apparati diversi – pubblico l'uno, privato l'altro – ma *funzionando* in coordinamento.

Nel "polmone" privato si collocano, dunque, tutti quei soggetti giuridici privati i quali possono assumere autonoma iniziativa per la cura

di interessi generali: tra questi, v'è poi un insieme più ristretto perimetrato proprio dal Codice del Terzo Settore, quello degli ETS. I quali hanno un *quid pluris* rispetto al resto dei soggetti privati dell'ordinamento: per usare le parole della Corte, essi devono possedere specifici «requisiti giuridici», che devono essere «garantiti» e soggetti a «relativi sistemi di controllo». Vi sono, cioè, requisiti essenziali ai fini della qualificazione degli ETS e che, se posseduti da questi enti, consentono loro di entrare in una relazione privilegiata con la p.A., la quale – se ne deduce – prima d'instaurare questo legame (co-programmando, co-progettando o convenzionandosi o accreditando), è tenuta al rispetto di rigorose procedure di controllo e di garanzia dell'esistenza di questi requisiti.

Solo così – questo è il principio che si può leggere (neanche troppo) tra le righe della sentenza della Consulta – si può giungere a quella «amministrazione *condivisa*» espressione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Nello specifico, la Corte usa una formula di significativo rilievo: parla di «condivisione della funzione pubblica». La co-programmazione è, dunque, esercizio della funzione pubblica in maniera condivisa.

Il che non implica che stia parlando di una forma di pubblicizzazione di quegli enti, i quali restano certamente privati, ma consente di immaginare quella funzione come un *pattern* a cerchi concentrici: la funzione pubblica in sussidiarietà può essere svolta dalla c.d. società civile (cerchio grande); all'interno della società civile vi sono poi gli ETS (cerchio più piccolo), ovvero soggetti privati che hanno connotati e requisiti particolari che ne incarnano la *terzietà* rispetto allo Stato e al mercato.

Che cosa s'intenda con «terzietà», la Corte non lo chiarisce. Ma, se la terzietà è requisito perché l'ETS possa esercitare una pubblica funzione, a parer di chi scrive, questo requisito non potrebbe essere molto differente da quello dell'imparzialità che si richiede a una p.A.[17]. La garanzia di imparzialità dell'ETS ne giustifica – sempre nelle parole della Consulta –

quella «specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale».

4. *Sussidiarietà orizzontale quale esplicazione del principio solidaristico*

La pronuncia della Consulta si colloca nel solco di una rinnovata[18] attenzione per il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost.: la cui comparsa nel testo costituzionale in seguito alla riforma del 2001 ha innescato sin da subito ripensamenti del rapporto[19] tra gli apparati pubblici e la cittadinanza[20], all'epoca fortemente insoddisfatta della carente gestione pubblica dei compiti di solidarietà[21].

È fatto notorio che le forme di collaborazione tra società civile e statualità complessivamente intesa sono state per lunghi anni relegate nel perimetro della contrattazione pubblica avente per oggetto l'erogazione di servizi pubblici da parte di soggetti privati. Una lenta evoluzione del principio di sussidiarietà orizzontale si è rivelata tuttavia quanto mai necessaria per attuare lo spirito della Costituzione, nella quale – in una lettura coordinata tra gli artt. 2 e 3, co. 2, Cost. – si può riconoscere una

«precedenza sostanziale»[22] della persona-individuo rispetto allo Stato, sul quale gravano «doveri inderogabili» di assicurarne i diritti inviolabili come singolo e nelle formazioni sociali.

All'individuo la Costituzione riconosce l'attributo della socialità, e impronta le relazioni tra (lo Stato e) i cittadini a un principio di solidarietà che si declina in politica, economica e sociale. Dalla socialità deriva una intima correlazione tra i diritti e i doveri di cui all'art. 2 Cost.[23]. Gli individui sono cioè destinati – in quanto animali sociali – a relazionarsi tra loro, in modo proattivo, sì da «perfezionarsi a vicenda»[24]. La Costituzione conferisce rilievo primario alle comunità – le «formazioni sociali», per citare il dettato della nostra *Grundnorm* – quali sistemi che consentono all'individuo di ramificare le proprie conoscenze ed evolversi spiritualmente, per realizzare ciò che è già *in nuce*, ovvero un essere destinato a incontrare e a instaurare relazioni con gli altri. Le cellule di comunità crescono gradualmente, occupando diversi ambiti della vita di ciascuno: la famiglia, la scuola, la comunità religiosa, quella sportiva, quella professionale, *etc*.[25]. È, dunque, la Repubblica a dover garantire che l'individuo possa sviluppare la propria relazionalità in senso proattivo per sé e per gli altri.

La stessa Consulta riconosce la «profonda socialità» che connota la persona umana[26] e la possibilità per questa di realizzare una «azione positiva e responsabile»[27]: l'individuo è collocato all'interno di un contesto sociale composto da più appartenenze, più nuclei, sicché la Costituzione prende le distanze tanto dall'individualismo di matrice illuministica, quanto dallo statalismo e dal collettivismo. La persona è insomma indipendente dai condizionamenti derivanti dalla società, ma, proprio in quanto naturalmente socievole, essa è comunque parte di molteplici relazioni che la coinvolgono su piani diversi.

E, se l'art. 2 attribuisce la garanzia dei doveri inderogabili di solidarietà alla Repubblica, è stato precisato in un recente studio[28] che il lemma «Repubblica» va inteso come comprensivo dell'apparato statuale, delle Amministrazioni territoriali, del settore pubblico più in generale, nonché dei cittadini, associati o *uti singuli*: è da considerarsi «aperto», insomma, il catalogo dei soggetti chiamati direttamente dalla norma costituzionale ad adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà[29].

Assumendo l'individuo quale centro di un sistema concentrico, questi doveri diventano gradualmente più estesi man mano che ce ne si allontana, e dunque all'ampliarsi delle formazioni sociali nelle quali egli è inserito. Questa sembra dunque essere l'impostazione di principio fatta propria dal Costituente e posta a base dell'edificio costituzionale; da questo presupposto, poi, che si riflette sulla lettura dei principi fondamentali, discendono – di logica consequenzialità – tutte le disposizioni contenute nei titoli successivi, quelle riguardanti i diritti e i doveri dei cittadini nei loro reciproci rapporti, nonché quelle relative all'organizzazione dello Stato e ai limiti delle attività delle Istituzioni. Le quali – anche se si volesse aderire alla lettura[30] per la quale esse non sono destinatarie di doveri inderogabili di solidarietà – devono ritenersi comunque tenute, proprio alla luce del principio solidaristico espresso all'art. 2 Cost., a porre i cittadini in condizione di adempiere spontaneamente ai doveri che la Costituzione intesta loro in quanto parti delle diverse formazioni sociali ch'essa riconosce.

Ciò posto, questo archetipo costituzionale trova una sua specificazione nel principio di sussidiarietà orizzontale espresso all'art. 118, comma 4, Cost.: la Repubblica deve tutelare l'individuo e incoraggiarne lo sviluppo

nelle diverse comunità di appartenenza (familiare, territoriale, professionale che siano); lo Stato favorisce le condizioni per cui gli individui creino cellule di comunità e contribuiscano così allo sviluppo sociale e spirituale, individuale e comune; lo Stato, infine, potrà intervenire solo al fine di sopperire alle inadeguatezze di queste comunità, «per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino»[31].

Attenzione al principio di sussidiarietà: corrivamente inteso come incoraggiamento alla privatizzazione, e dunque alla dismissione di funzioni da parte dell'apparato statale, in realtà esso sta a indicare una nuova funzionalizzazione degli interventi del pubblico, ammettendoli per tutto ciò in cui il privato non sia sufficiente. Il pubblico è – e resta, pertanto – necessario e imprescindibile.

Questa lettura suggerisce già un verso, una direzione della sussidiarietà orizzontale[32]: dal pubblico nei confronti del privato, inteso quale primo attributario di funzioni di cura dell'interesse *generale*. Laddove il privato non riesca, interviene il pubblico. Ciò esclude la dicotomia oppositiva tra «pubblico sì» e «pubblico no»: la sussidiarietà orizzontale sta a indicare il viatico per una *diversa* forma di pubblico, che gradua attentamente il suo intervento per rapportarsi al privato solo laddove sia necessario il suo intervento[33].

La riflessione sulla necessarietà dell'intervento pubblico in sussidio del privato è quanto mai attuale in un sistema ordinamentale – quale il nostro – pervaso dalla crisi del rapporto tra Stato e società civile, o – per utilizzare termini forse non più *à la page* – tra governanti e governati. È il tempo della crisi dei cc.dd. corpi intermedi: i partiti politici, anzitutto[34]; i gruppi parlamentari; gli enti rappresentativi più in generale. Tutti quei

bodies che avevano la specifica funzione di filtrare, coagulare e portare al livello governativo e legislativo le istanze dei cittadini: decretandone la rappresentatività in Parlamento.

Questo modello è andato progressivamente disgregandosi: tra le cause più discusse, la crisi delle *élites* dirigenziali[35], le quali hanno perso le loro funzioni di guida e si sono chiuse nella più ferrea autoreferenzialità; e l'avvento degli algoritmi e della digitalizzazione del consenso[36], non più di una grande illusione[37] dell'immediatezza della relazione tra società e

apparato governante.

Sicché se, per un verso, la Costituzione parrebbe avere un volto *agé* rispetto alle attuali istanze sociali, per altro verso invece esiste al suo interno una norma vivificatrice del sistema dei rapporti Stato-società che può rispondere alle insufficienze del sistema democratico[38] in essa delineato: l'art. 118, comma 4, appunto[39].

Non v'è dubbio, invero, che questa disposizione abbia offerto un fondamento giuridico esplicito al fenomeno del Terzo Settore: ancor più di quanto avesse fatto, forse, il principio personalistico e solidaristico di cui all'art. 2 Cost.[40]. Se in quella norma emergeva netta la dimensione centrale della persona nella Costituzione[41] – non soltanto *uti singula*, ma

anche quale parte di formazioni sociali di stampo non necessariamente associativo[42] – il principio di sussidiarietà orizzontale ha fornito lo strumento relazionale che decreta quella centralità imponendo ai pubblici poteri un obbligo[43] di *favorire* l'autonoma iniziativa dei cittadini nel curare interessi generali. Il ricorso alla sussidiarietà diventa, dunque parametro di validità dell'azione dei pubblici poteri[44].

Il quadro costituzionale restituisce, insomma, l'immagine di un ordinamento complessivamente orientato alla compartecipazione alla cura della *res communis omnium* di apparato pubblico e soggetti privati: scardinando la polarità che vede tradizionalmente opposti pubblico e privato e sancendo l'attualità perdurante di un paradigma[45] che li vuole – piuttosto – sinergici e convergenti verso un obiettivo comune.

Ora, l'apertura dell'apparato pubblico nei confronti dei privati a fini cooperativi – letta nella cornice del combinato disposto di cui all'art. 2 e all'art. 118, comma 4, Cost. – può apparire indiscriminata: la centralità del cittadino quale terminale primario delle funzioni amministrative e della cura del bene comune, se per un verso vira per la qualificazione di ciascun singolo come attuale o potenziale amministratore, per altro verso dev'essere bilanciata con l'esigenza di perimetrare e individuare le "categorie" di cittadini che condividano con le Amministrazioni un ruolo proattivo ma anche delle responsabilità.

Entrano qui in gioco gli Enti del Terzo Settore quali interlocutori privilegiati dell'Amministrazione nella cura del bene comune. Questi – che possono costituire una sorta di sottoinsieme della società civile – condividono con la p.A. la funzione pubblica. Il che significa, per un verso, una spiccata prerogativa nella gestione dei cc.dd. interessi generali (sì ampia da concorrere a individuarli *prima* dell'avvio di attività

programmatiche); per altro verso, una sottoposizione a oneri e controlli di diritto pubblico che li differenzino dalla società civile, organizzata o meno in forme predeterminate dal diritto comune.

5. *Soggetti privati preposti alle pubbliche funzioni: considerazioni di natura organizzativa*

Si è inteso sottolineare più sopra che il principio di sussidiarietà orizzontale non spinge verso una privatizzazione selvaggia: al contrario, esso va letto in un'ottica di integrazione tra apparato pubblico e soggetti privati nel perseguimento d'interessi comuni.

Il tema degli interessi pubblici curati da soggetti privati è di origine risalente: ne costituisce peraltro – sotto il profilo procedimentale – attuazione il già citato art. 1, comma 1-*ter*, l. n. 241/'90, riferito ai «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative».

Costoro assumono nell'ordinamento la qualifica di autorità pubblica pur senza essere pubbliche Amministrazioni, in ragione del fatto che non può stabilirsi una necessaria corrispondenza tra la titolarità e l'esercizio di funzioni amministrative e l'esistenza di un'organizzazione pubblica[46]: tuttavia, ciò non implica che si determini un affievolimento delle garanzie dei cittadini nei confronti degli atti da essi adottati, poiché la loro attività è procedimentalizzata[47] e sottoposta a quella trama di principi che definisce

lo statuto del cittadino rispetto all'attività amministrativa[48].

La cessione delle funzioni amministrative dall'apparato pubblico a questi soggetti privati ha non di rado provocato il problema di una ridefinizione del concetto di Amministrazione, tanto da imporre un interrogativo sulla perimetrazione dell'organizzazione amministrativa[49], vale a dire su quali *figurae* debbano ritenersi intranee o estranee al concetto di Amministrazione pubblica.

La questione sul *se* – e, in caso di risposta affermativa, *in che misura* – debbano ritenersi afferenti all'apparato pubblico organizzazioni aventi natura giuridica privata che svolgono funzioni amministrative accomuna tutti quei soggetti relazionati in modo più o meno stabile con gli enti pubblici[50]: concessionari di pubblico servizio, società pubbliche istituite *ex lege*, società ausiliarie, *etc.*

Ciò consente di transitare logicamente dai soggetti di cui all'art. 1, comma 1-*ter*, citato, agli Enti del Terzo Settore, poiché accomunati ai primi da una questione di tipo organizzativo, ossia se debbano questi tenere e mantenere standard di organizzazione *funzionali* alle attività di interesse generale che devono svolgere: se cioè gli ETS abbiano un obbligo giuridicamente sanzionato di organizzarsi rispettando un nucleo minimo di principi pubblicistici.

A questo proposito si devono dare per presupposti due passaggi logico-argomentativi.

Anzitutto, si aderisce qui a una dottrina che funzionalizza l'organizzazione amministrativa *non* a interessi pubblici predeterminati dall'indirizzo

politico, *bensì* a interessi – anche privati – non qualificati formalmente ma meritevoli comunque di tutela[51] da parte dell'ordinamento[52]. Questo primo passaggio, che di per sé parrebbe ovvio o sin troppo generico, ha una origine carsica che prende le mosse dalla considerazione per la quale per "organizzazione amministrativa" deve intendersi quel complesso di apparati – pubblici o privati – che svolgono in qualche misura una funzione "amministrativa"[53]. Questa nozione consente di allargare il perimetro del concetto di organizzazione amministrativa, applicandolo *non solo* alle relazioni tra enti pubblici *ma anche* alle relazioni tra enti pubblici e privati preposti allo svolgimento di attività amministrative: la pubblicità di questa tipologia di relazione, peraltro, è graduabile a seconda dell'intensità del legame intersoggettivo[54]. Ciò che accomuna queste relazioni è la *strumentalità* dell'organizzazione: non più intesa solo come «macchina» che concretizza l'indirizzo politico promanante dal soggetto pubblico (e dunque come strumento di realizzazione di interessi pubblici), ma anche quale apparato *servente* il compito di garantire altresì quegli interessi privati pure meritevoli di tutela, i quali – dunque – diventano cellule dell'unico organismo "interesse pubblico" non alieno – né asseritamente superiore – rispetto agli interessi dei singoli[55]. Ecco, dunque, emergere un

fondamento delle prossime osservazioni: l'organizzazione amministrativa è strumentale all'affermazione del primato della persona, dei diritti sociali, è un precipitato pratico dell'art. 2 Cost. e in esso trova diretto fondamento. Questo implica l'esistenza di *doveri* amministrativi – anche di solidarietà – non solo nell'attività ma anche nell'organizzazione: doveri che sono strumentali *non* a quella fetta di collettività che incarna e rappresenta la maggioranza politica del momento[56], bensì alla collettività interamente considerata, i cui componenti sono *tutti* ugualmente accomunati da diritti sociali e pretese a che questi siano soddisfatti e garantiti.

In secondo e conseguente luogo. Questa prospettiva dev'essere coniugata con una lettura razionale del principio di sussidiarietà orizzontale onde, per un verso, evitare estremizzazioni per le quali *chiunque* svolga una funzione che abbia un rilievo d'interesse comune assurga ad Amministrazione; per altro verso, affermare comunque il valore della cittadinanza attiva quale forma di amministrazione condivisa.

Questo perché bisogna evitare che le funzioni di rilievo comune diventino una sorta di Re Mida: se così fosse, qualunque cittadino attivo e di buona volontà andrebbe incontro *non soltanto* al privilegio di esser amministratore e dunque di esercitare il potere (cosa che non esiste), ma addirittura al *dovere* di organizzarsi in un determinato modo[57] per garantire

l'assolvimento di un *munus publicum* che in realtà egli non ha, perché la sua azione è spontanea e lasciata dunque all'autonoma iniziativa.

In compenso, la sussidiarietà orizzontale – laddove ampiamente valorizzata – consente alla cittadinanza attiva in qualunque forma di farsi amministrazione in senso lato e tutrice di interessi generali, e dunque d'instaurare anch'essa relazioni con la p.A., le quali non possono tuttavia dirsi prettamente relazioni organizzative.

Il baricentro di questa lettura tra strumentalità dell'organizzazione amministrativa rispetto ai diritti inviolabili della persona e sussidiarietà orizzontale potrebbe collocarsi proprio negli ETS: soggetti privati, facenti capo alla società civile, dotati di autonoma iniziativa nella scelta statutaria di perseguire interessi generali ma che – a un certo punto – si distinguono *tanto* dalla società civile *quanto* dall'Amministrazione pubblica per diventare interlocutori privilegiati della p.A. soggetti a specifici regimi di controllo, anzitutto di tipo organizzativo.

Ce lo dimostra proprio il Codice del Terzo Settore, che all'art. 56 subordina il convenzionamento con la p.A. allo scrupoloso ossequio, da parte di questi enti, di precisi doveri organizzativi[58] riferiti alle risorse umane e finanziarie ivi coinvolte, all'attitudine professionale, alla capacità tecnica, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari che vi operano.

6. (Segue). *ETS e interesse generale, ragioni e requisiti di un sottoinsieme*

Perché, allora, limitare la platea dei soggetti che possono avere un dialogo "privilegiato" con l'Amministrazione nel perseguimento d'interessi generali?

La scelta si può anzitutto spiegare ricorrendo proprio alla nozione di "interesse generale". La quale – come accennato in apertura di questo lavoro – non coincide con quella d'interesse pubblico, indubbiamente più familiare per il giurista di diritto amministrativo.

Il concetto d'interesse pubblico – peraltro, come detto, del tutto assente in Costituzione, dove pure sono dettati i principi che guidano l'organizzazione e l'attività amministrativa[59] – è differente rispetto a quello d'interesse generale, non potendo essere qualificato a mo' di sinonimo di questo[60].

È stato sottolineato che – nella sua accezione tecnica – l'interesse è pubblico quando «soggettivato in un ente pubblico che ne ha cura»[61]; manca, invece, del requisito della soggettivazione l'interesse generale, la cui appartenenza alla sfera pubblica o privata è impregiudicata e che, per questo, può essere soddisfatto e perseguito sia dall'apparato pubblico sia da quello privato.

L'interesse pubblico, ancora, è determinato dalla fonte legislativa che – in quanto deliberata dal Parlamento legittimato dai cittadini – riconduce i fini eteronormati al concetto di democrazia: il legislatore, infatti, non è libero di predeterminare il fine pubblico che l'Amministrazione deve perseguire. I fini individuati dalla Costituzione richiedono al legislatore di creare gli apparati amministrativi necessari per il loro conseguimento: ciò implica che la Costituzione, per un verso, riferisce i fini pubblici al

legislatore, per altro verso li impone direttamente all'Amministrazione. Così, «quando sono riferiti alla pubblica amministrazione i fini stabiliti dal legislatore sono definiti in termini di interesse pubblico»[62].

L'interesse pubblico, insomma, rispetto a quello generale, ha un elemento formale in più: la giuridificazione[63], che ne comporta l'attrazione nella sfera del potere pubblico[64]. L'interesse generale, finora considerato

come metagiuridico[65], è stato invece qualificato e riempito di contenuto proprio con il CTS, il quale ha individuato, all'art. 5, i casi in cui esso è perseguito[66] e vi ha ricondotto conseguenze circa il regime giuridico dei soggetti che lo perseguono e gli strumenti con i quali la loro realizzazione è possibile. Questo aspetto induce ad accogliere un modello di disciplina degli Enti del Terzo Settore che li differenzia dagli altri soggetti – pure privatistici – del libro I del codice civile: aprendo loro, invece, la possibilità di essere regolati sui profili più sensibili – per esempio la *governance* – dal diritto amministrativo[67].

L'interesse generale oggettivato muove il reticolo delle funzioni e dei requisiti degli Enti del Terzo Settore. Gli ETS sono infatti soggetti costituiti apposta per perseguire una delle finalità tipiche elencate nell'art.

4 e che svolgono una delle attività di interesse generale elencate nell'art. 5, e sono pertanto iscritti in apposito registro, il Registro unico del Terzo settore (Runts). La compresenza di questi elementi deve essere garantita nel tempo, pena la cancellazione dal Runts e quindi la perdita della correlata qualifica.

Ciò non toglie che tutti i soggetti giuridici collettivi possano svolgere le attività elencate nell'art. 5 anche senza essere iscritti nel Runts; in mancanza dell'iscrizione si applica loro la disciplina comune e non quella speciale disposta dal Codice del Terzo Settore. Laddove – si badi – per disciplina comune s'intende quella civilistica attinente alla *governance* e quella della contrattualistica pubblica laddove i soggetti *non* qualificabili come ETS svolgano funzioni d'interesse pubblico o generale.

Ciò in quanto, appunto, solo gli ETS, con i loro specifici requisiti, accedono alle attività di co-programmazione e co-progettazione con le Amministrazioni: attività che, pur se disciplinate con evidenti lacune[68], mostrano un chiaro intento del legislatore di coinvolgere questi specifici Enti in procedimenti vòlti alla rilevazione dei bisogni sul territorio e al loro soddisfacimento concreto con criteri analoghi a quelli che il legislatore applicherebbe a una p.A. nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

7. *Conclusioni*

Il saggio sulla gestione dei beni comuni urbani ha consentito di soffermarsi, come detto in apertura, sullo strumento che consente la cooperazione tra Amministrazione e privati in modo istituzionale a tal fine.

Ne è derivata una riflessione di respiro più generale sulle nuove frontiere del rapporto organizzativo tra p.A. ed enti, di natura giuridica privata, che svolgono funzioni e attività d'interesse generale: enti che, nelle parole della Consulta, condividono con l'apparato pubblico la funzione amministrativa.

Ebbene, la condivisione della funzione – che sfocia in una vera e propria co-amministrazione – ha delle ricadute significative sia sugli strumenti deputati a istituirla e disciplinarla in concreto, sia sulle relazioni organizzative tra i soggetti che, appunto, la condividono.

Ne sono testimonianza le vicende che negli ultimi anni hanno interessato il Codice del Terzo Settore e precipuamente i rapporti dei soggetti *non profit* con le pubbliche Amministrazioni, che rivelano una costante tensione tra concorrenza e sussidiarietà, tanto da sollecitare l'ANAC, intervenuta con le sue Linee guida, e poi il Consiglio di Stato, espressosi sul Codice con il parere nel 2018.

L'intervento della Consulta, tuttavia, resta la guida di questi rapporti: ribadendone il valore, fondato sulla fattiva collaborazione tra p.A. ed ETS, e soprattutto qualificando questi Enti che «in quanto rappresentativi della 'società solidale' [...] costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della 'società del bisogno'»[69].

L'attenzione prestata agli ETS ne qualifica la speciale natura giuridica, "privata ma non del tutto": disvelata nella sua complessità da un reticolo normativo in costante evoluzione che, di fatto, impone controlli stringenti che assicurino l'idoneità di questi Enti a prestare attività d'interesse generale in forma imparziale e *para*-amministrativa, a garanzia ancora una volta che – pur beneficiando dell'intervento privato – la cura del bene comune non può prescindere da un'impronta disciplinare pubblicistica.

In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo

1. *La tutela cautelare come prima linea a difesa dei diritti. Il modello del processo civile*

La tutela cautelare giurisdizionale, reiterando un antico adagio, è l'istituto con cui un ordinamento interviene a impedire che il fattore tempo, componente ineliminabile del fenomeno giuridico "processo", dissipi ogni utilità per colui che domanda giustizia[1].

Nelle more della definizione del giudizio, per opinione da lungo tempo condivisa, potrebbe, infatti, accadere che la soddisfazione della pretesa vantata venga pregiudicata dai mutamenti del quadro giuridico e fattuale

che fa da sfondo alla controversia, ovvero dall'intempestività – connessa al mero trascorrere del tempo – con cui la situazione soggettiva è riconosciuta dal giudice[2]. È l'esigenza di garantire che quella giurisdizionale si dimostri una tutela effettiva a rendere, quindi, immancabile la previsione di un tipo di giustizia più immediata, che si esprima attraverso misure con funzione cautelativa[3].

In tal senso, essa ha rappresentato – e rappresenta – la prima linea che gli ordinamenti moderni hanno posto a tutela dei diritti dell'individuo.

L'archetipo di questo più evoluto atteggiamento nell'approcciarsi alla difesa dei diritti è rappresentato dal processo civile, luogo nel quale il problema teorico dell'anticipazione della tutela ha avuto la sua origine, trovando, per successivi approfondimenti e messe a punto, una appagante risposta. Una soluzione che, in termini di ricostruzione dogmatica e disciplina positiva, raggiungesse l'obiettivo – prioritario – di mantenere integro il diritto cautelato, senza con ciò compromettere la pretesa dell'altra parte di veder utilmente celebrato un giudizio a cognizione piena (evenienza, altrimenti, preclusa nel caso di provvedimenti cautelari ad effetti irreversibili).

Per tenere insieme, in posizione di equilibrio, i valori e le istanze su cui l'istituto va fatalmente a calarsi, nel processo civile la tutela cautelare ha finito per poggiarsi – a partire dalle sue prime teorizzazioni – su tre assi portanti, che ne hanno caratterizzato la tradizionale fisionomia: 1) l'individualità (termine da intendere, assecondandone l'accezione aggettivale, nel significato di strumentalità-ancillarità rispetto alla situazione soggettiva attribuita all'individuo dal diritto sostanziale[4])

della tutela impartita[5]; 2) la pluralità e la atipicità delle misure cautelari in cui essa si estrinseca; 3) la terzietà del giudice rispetto alle parti (e ai relativi interessi) in causa.

La tutela cautelare, sotto un primo punto di vista, è stata concepita (e dunque tagliata su misura) per rispondere alle esigenze di protezione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e messa a repentaglio dalla condotta altrui. Essa, quale manifestazione tangibile del principio di effettività della tutela dei diritti[6], completa e conferma l'esistenza delle situazioni di vantaggio riconosciute dallo stesso diritto sostanziale[7]. Più di ogni altro istituto previsto dalle norme processuali – comparse nell'ordinamento come contropartita del divieto di autotutela privata –, infatti, la giustizia cautelare è deputata a dare attuazione al singolo diritto soggettivo proprio nel momento in cui se ne ravvisa maggiormente il bisogno[8].

In questo senso – concetto che è stato variamente declinato – tutte le misure cautelari si connettono «all'esigenza di non frustrare la tutela giurisdizionale dei diritti, quale garantita dalla Carta fondamentale»[9] e – con la partecipazione dell'Italia all'Unione europea – dal diritto euro-unitario[10].

È in tale ottica che vanno letti i presupposti a cui la legge subordina la concedibilità della misura cautelare: il diritto invocato in quella sede deve avere un'alta probabilità di fondatezza (cd. *fumus boni iuris*), così come la minaccia di pregiudizio allegata, una altrettanto alta probabilità di verificarsi (cd. *periculum in mora*). Quando, infatti, appare altamente probabile l'esistenza del diritto che costituirà – o già costituisce – l'oggetto del giudizio ordinario di cognizione, l'ordinamento verrebbe meno alla sua missione primaria se lasciasse l'attore esposto al rischio (probabile) di subire un danno dalla durata (o a causa della durata) del processo[11].

Nello stretto rapporto tra tutela cautelare e diritto azionato – ordinato secondo una logica servente –, d'altro canto, va ricercato anche il coefficiente che, tre lustri orsono, ha dato impulso a una revisione, nel senso dell'"allentamento", ai rapporti tra decisione cautelare e decisione di merito, rimettendo alla volontà delle parti la scelta (libera) di introdurre una fase di giudizio a cognizione piena[12]. Si è, infatti, compreso che, per poter raggiungere fino in fondo il proprio scopo (di dare certezza e attuazione immediata a un diritto), gli effetti del provvedimento adottato in sede cautelare devono – sebbene in esito a una cognizione soltanto sommaria – potersi stabilizzare[13], trasformando la successiva fase processuale da necessaria (previsto a pena di inefficacia della misura interinale) a eventuale, come opportunità per i contendenti e non più obbligo[14].

Nel processo cautelare civile, dunque, è il diritto (*rectius*, la situazione giuridica soggettiva) riconosciuto dalle norme sostanziali il fulcro attorno al quale ruotano la struttura e la disciplina dell'istituto[15].

Al punto tale, che anche il secondo elemento distintivo della tutela cautelare in ambito civile – un sistema che si compone di pluralità di misure tipiche, più una misura atipica a carattere residuale – si presta a essere letto come sorta di corollario della dedizione all'individuo (individualità) su cui poggia il sistema cautelare.

È, infatti, proprio allo scopo di offrire alle varie forme di interessi protetti dall'ordinamento un apparato di misure che, in maniera specifica e ottimale, rispondessero tempestivamente alle varie forme di aggressione che gli interessi potrebbero subire, che la tutela cautelare ha sempre potuto contare su un modello all'avanguardia. Un sistema (cd. "tipico temperato") articolato orizzontalmente su due livelli di protezione, in cui a un gruppo di misure tipiche (tarate su esigenze di tutela e situazioni di rischio tipizzate dal legislatore) fa da complemento una misura atipica (l'art. 700, c.p.c.[16]), concepita come rimedio di chiusura capace di intercettare nelle sue maglie applicative situazioni e pericoli non tipizzati o non tipizzabili *a priori*[17].

Soprattutto l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. ha dimostrato come nel diritto vivente la tutela cautelare sia andata plasmandosi a immagine e somiglianza del tipo di diritto (o situazione soggettiva minore) chiamato in causa, fino a legittimare l'adozione di misure non soltanto conservative, ma finanche anticipatorie della decisione di merito e, talvolta, attributive di vantaggi maggiori di quelli ottenibili dalla sentenza. Questo perché, in

una visione sempre meno formalistica della tutela d'urgenza, il criterio della strumentalità – quale argine alla discrezionalità del giudice nell'ideare il contenuto concreto della misura[18] – viene riferito non più tanto alla futura sentenza di merito, quanto al contenuto del diritto cautelato[19]. Con la conseguenza, che l'unico, vero limite che incontra il giudice della cautela risiede – nella stessa misura del giudice della cognizione – nella norma di carattere sostanziale, non potendo egli adottare provvedimenti produttivi di effetti diversi da quelli che la legge fa discendere dalla fattispecie normativa, come concretamente prospettata dalle parti[20].

Qualunque variazione sul tema, d'altra parte, determinerebbe una distrazione dallo scopo essenziale della funzione giurisdizionale (che è – e deve rimanere – quello di dare applicazione alla legge), trasformandola in attività regolativa di interesse. Affrancandosi dal limite della fattispecie, infatti, il giudice perderebbe la sua (consustanziale) terzietà rispetto agli interessi delle parti, divenendo esso stesso creatore della regola risolutiva del conflitto del caso concreto[21].

Circostanza, quest'ultima, interdetta dai principi fondamentali su cui l'istituto del processo, in tutte le sue declinazioni (comprese quelle volte a impartire una tutela sommaria e interinale), è stato edificato. Anche il giudizio cautelare, per l'appunto, si regge sul principio di imparzialità-terzietà del giudice, il quale, accertati i presupposti di legge[22], non può svolgere alcuna ulteriore valutazione sugli interessi coinvolti nel giudizio

o tenere in considerazione i possibili riflessi che la decisione assunta *secundum legem* potrebbe propagare sulle parti o sui soggetti terzi.

Il problema è stato affrontato – e risolto – con riferimento ai provvedimenti d'urgenza adottati in virtù dell'art. 700, c.p.c., dove, molto spesso, al giudice era richiesto di raffrontare gli opposti interessi e rilasciare la misura solo a valle di una analisi costi-benefici[23]. Una necessità che si poneva, in maniera più sentita, per i provvedimenti ad effetti (anche solo potenzialmente) irreversibili[24] dove, a differenza delle misure cautelari tipizzate dal codice di rito, il giudizio di prevalenza tra gli interessi delle parti non era stato condotto – né avrebbe potuto esserlo – in astratto dal legislatore[25].

In casi simili, per scongiurare (o, quantomeno, controllare) il rischio che dall'applicazione si trascendesse in attività di creazione di norme (minando quel ruolo di soggetto terzo imparziale che il giudice deve incarnare)[26], è stato efficacemente proposto di sostituire la logica del bilanciamento di interessi – come *discrimen* per accordare una misura produttiva di modificazioni non (o difficilmente) reversibili – con una valutazione di tipo probabilistico, che valorizzasse la scelta legislativa, implicita nella formulazione dell'art. 700, c.p.c., di accordare prevalenza non già all'interesse più rilevante, ma al diritto ritenuto, all'esito di una

cognizione semi-piena[27], verosimilmente più fondato[28].

Se non – in una prospettiva riformistica – di esortare lo stesso legislatore, soprattutto in situazione di complessa comparazione dei pericoli di danno, a effettuare egli stesso, «a livello di valutazione generale ed astratta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione, per determinate categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto, determinando legislativamente quale sia l'interesse di rango prevalente»[29].

2. *L'oggetto del processo amministrativo, alla luce della Costituzione*

Anche del processo amministrativo, specialmente dopo che la Costituzione ha fatto il suo ingresso nel panorama ordinamentale, si è iniziato sempre di più a ragionare come di un giudizio su diritti. Un giudizio, più esattamente, che avesse ad oggetto – al pari del processo civile – la situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente[30].

Gli studi scientifici e gli interventi riformatori del legislatore susseguitisi nel tempo, infatti, hanno innescato un processo di aggiornamento nel modo

di intendere la questione, sfociato nel superamento di vecchie concezioni (legate, in maniera più o meno diretta, all'idea di una giurisdizione oggettiva, garante di interessi collettivi e pubblici) e culminato nella comparsa delle teorie cd. soggettivistiche, di cui è debitrice la presa d'atto che, anche il giudizio amministrativo, la domanda di parte non è altro che richiesta di riconoscimento di una situazione giuridica individuale immersa – nelle sue versioni più contemporanee ed evolute – in un rapporto in senso tecnico.

È, ormai, letteratura che, in tempi più risalenti – quando il sistema della giustizia amministrativa era tessuto a partire dal t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato e dal regolamento di procedura del 1907 –, le costruzioni teoriche che hanno indagato il tema dell'oggetto del giudizio amministrativo, fossero condizionate dalla posizione di supremazia che la P.A. ricopriva nel suo rapporto con il privato e dalla correlata necessità di assicurare una giustizia speciale per l'Amministrazione[31].

La tendenza a riconoscere, anche nell'ambiente processuale, una posizione di preminenza all'interesse pubblico di cui era portatrice l'autorità amministrativa (relegando a un ruolo subalterno quello del privato-ricorrente), ha indotto molti a considerare, come obiettivo primario del contenzioso amministrativo, il ripristino della legalità, piuttosto che la tutela della situazione giuridica soggettiva dei litiganti. Ragion per cui, oggetto del contezioso innanzi al g.a. è stato ritenuto, di volta in volta (e limitandosi a citarne alcuni)[32], l'interesse pubblico impersonato dalla P.A.[33], l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (o dei singoli

atti impugnati)[34], l'interesse privato occasionalmente protetto[35], il diritto potestativo di provocare l'annullamento dell'atto[36] o i singoli motivi di ricorso[37].

Una volta che la Costituzione ha sgomberato il campo da ogni equivoco, parificando il rapporto tra cittadino e amministrazione e prevedendo per le controversie tra costoro le stesse garanzie e principi che governano il contenzioso tra privati (l'individualità ed effettività della tutela, la parità delle parti, la terzietà del giudice, etc.), la giurisdizione di tipo oggettivo

non ha avuto più ragion d'essere[38].

Nel solco tracciato dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, si inquadrano anche le iniziative riformatrici del contenzioso amministrativo che, già *ante codicem* (e grazie al contributo del diritto europeo), hanno condotto a un progressivo, quanto inesorabile, allontanamento del potere dalla sua tradizionale caratterizzazione in senso autoritario e alla contestuale emersione del carattere sostanziale della situazione portata in giudizio.

È, allora, in seno al mutato ambiente culturale e ordinamentale che si sono originati i tentativi di far convergere il baricentro dell'oggetto del giudizio amministrativo verso la situazione giuridica soggettiva propria di chi domanda giustizia (nei confronti della P.A.), dapprima, individuandola nell'interesse legittimo, ma raffigurato come prerogativa (irrelata[39] o

inserita in un rapporto – asimmetrico – col potere[40], strumentale[41] o a carattere finale[42]) tipica del diritto amministrativo[43].

Poi, in una prospettiva più contemporanea e adulta, nell'interesse legittimo ricondotto verso le tradizionali categorie di teoria generale[44], proiettato, cioè, in una dimensione che lo collocasse tra le *species* del diritto soggettivo a struttura creditizia (in particolare, l'aspettativa di

diritto[45] o la *chance*[46]), fino a raggiungere il rango di diritto soggettivo vero e proprio, laddove i vincoli normativi che limitano il potere pubblico, vengono concepiti come fonte di obbligazioni a cui corrispondono, nella dimensione relazionale che caratterizza tipicamente i rapporti debito-credito, diritti individuali di pretesa[47].

Il merito del differente approccio mostrato dai fautori delle tesi che hanno riportato l'oggetto del processo alla categoria del diritto, risiede nell'aver ancorato la soddisfazione dell'interesse dell'individuo all'autorità della legge, anziché a quella del potere. Cosicché anche il giudizio celebrato avanti al giudice amministrativo – alla pari di quanto avviene nel processo civile – risulti preordinato a garantite l'attuazione immediata (con la sentenza) della situazione protetta dall'ordinamento, in armonia con i principi di effettività e pienezza della tutela che, a mente dell'art. 24, Cost., devono informare la posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tanto quanto la posizione dei cittadini tra di loro[48].

Dal raggiungimento di una simile consapevolezza può discendere una e una sola conclusione: in un processo amministrativo dall'anima del tutto nuova, anche la disciplina della tutela cautelare, per essere giudicata realmente piena ed effettiva, dovrà specchiarsi nell'oggetto del giudizio amministrativo (la situazione soggettiva individuale), dimostrandosi adeguata e coerente con esso. E per gli aspetti rimasti ancora distanti, allinearsi al modello processual-civilistico (che rappresenta il punto di riferimento della tutela cautelare in materia di diritti) e al firmamento di principi che gli fanno da sfondo[49].

Per stabilire lo stadio evolutivo in cui la disciplina del giudizio cautelarsi si trova attualmente, allora, non si può prescindere dal rievocare le tappe fondamentali che, dalle origini alle riforme degli anni duemila, hanno condotto l'istituto fino a oggi. Fino, cioè, ad acquisire la fisionomia che, poco più di due lustri orsono, gli ha conferito il c.p.a.

3. *La tutela cautelare nel c.p.a. e nel diritto vivente: gli equivoci rimasti in sospeso*

Storicamente, la tutela cautelare ha fatto la sua comparsa – nell'ambito della giustizia amministrativa – come proiezione ortogonale del potere

di sospensione in via amministrativa degli effetti di un precedente atto, divenuto o rivelatosi dannoso (anche) per l'interesse pubblico [50].

Fin dalla sua prima apparizione tra le norme di diritto positivo, infatti, è apparso di intuitiva evidenza che la natura originariamente amministrativa nell'organo deputato ad amministrare la misura (la quarta sezione del Consiglio di Stato) avesse condizionato la scelta di identificare la tutela cautelare con la sospensione[51] – «ispirata alla tutela del bene collettivo»[52] – del provvedimento impugnato[53].

Il modello teorico ed empirico di riferimento, d'altra parte, restava, pur sempre, quello dei rimedi a carattere giustiziale[54], in relazione al quale l'istituto della sospensiva si presentava – e tutt'oggi si presenta, quantomeno nel ricorso gerarchico[55] – come sorta di ircocervo, nel quale coabitano esigenze di garanzia del ricorrente ed esigenze di tutela dell'interesse pubblico (che giustificano, ad es., l'adozione della misura anche per ragioni

diverse da quelle sollevate con l'atto di iniziativa di parte)[56].

L'esistenza di un interesse dell'Amministrazione, quale presenza costante del potere di sospensiva disposto a seguito di un ricorso, ha così ingenerato quell'equivoco di fondo che ha accompagnato e condizionato l'evoluzione dell'istituto anche nei suoi successivi sviluppi ricostruttivi[57]; dimostrandosi talmente radicato nella percezione comune, da opporre resistenza persino alla ormai raggiunta consapevolezza, in dottrina come nella società civile (ipostatizzata nell'assetto costituzione della giustizia amministrativa), circa la natura giurisdizionale della tutela cautelare impartita dal Consiglio di Stato[58].

Non c'è, dunque, da sorprendersi se il carattere di originalità che è andato assumendo l'istituto – rispetto al sistema processual-civilistico – e i suoi rapporti con l'interesse pubblico, abbiano lasciato orme bene riconoscibili nella normativa (anche quella post costituzionale e meno risalente) e nel diritto vivente.

L'aspetto che, forse più di ogni altro, rappresenta emblematicamente la confusione dei ruoli (amministrare e giudicare l'Amministrazione) in cui è avvolto il giudizio cautelare è la sudditanza che esso mostra, in maniera talvolta palese, talaltra latente, rispetto all'interesse istituzionalmente perseguito da una delle due parti in causa. In tempi moderni, così come ai suoi esordi, la bussola della tutela cautelare assai di rado è coincisa con la necessità di salvaguardare, a ogni costo, la pretesa del ricorrente (pur assistita da un ragionevole grado di verosimiglianza) nei confronti di un cattivo esercizio del potere; il più delle volte, a trasparire maggiormente dalle decisioni dei giudici della cautela è stata la preoccupazione che la sospensione dell'efficacia dell'atto potesse frustrare il raggiungimento dell'obiettivo a cui mirava il provvedimento impugnato[59].

Lo si nota soprattutto nella prassi applicativa, incline a interpretare il presupposto delle «gravi ragioni» (formula così introdotta in origine dall'art. 12, l.n. 5992/1889 e traslitterata, con neutralità di effetti, fino ai «danni gravi e irreparabili» di cui all'art. 21 l. tar[60]) come imprescindibile necessità di prendere in considerazione anche l'interesse pubblico, contestualmente all'interesse del ricorrente (nonché agli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti) [61].

Il che implicava, fatalmente, la presenza di un'ulteriore anomalia nel governo della fase cautelare, destinata a caratterizzarne, di lì in poi, il funzionamento: il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità del giudice amministrativo nell'adozione della misura. Una discrezionalità, si badi bene, non tipica della funzione giusdicente (delimitata, cioè, a mone dalla legge, entro un termine minimo e uno massimo)[62] ma che ha rasentato – fino, talvolta, a sovrapporvisi completamente – la scelta discrezionale amministrativa.

La tesi, che si è fatta largo con la compiacenza della dottrina, è che la sospensione degli effetti dell'atto – tanto quanto l'adozione di altra forma di tutela soprassessoria – non potesse mai prescindere dal contemperamento discrezionale, appannaggio del giudice, di tutti gli interessi in causa, direttamente o indirettamente toccati dalla decisione cautelare. Cosicché,

seppur nel limitato arco temporale in cui si consuma il giudizio cautelare, si è ritenuto accettabile che il giudice, attentando al principio della separazione dei poteri[63], vestisse i panni dell'Amministrazione e conducesse, in luogo di quest'ultima[64], una scelta tra gli interessi, nelle forme del vero e proprio bilanciamento[65]. Prassi alla quale, alcuni anni più tardi, il legislatore stesso avrebbe dato sistematica consolidazione[66].

L'atteggiamento rifletteva l'essenza di un mancato superamento, a dispetto delle prese di posizione su più fronti, dell'indole ibrida che aveva segnato la nascita dell'istituto, sintomo, a propria volta, di un ambiente culturale in cui non è mai tramontato del tutto quell'assioma che vuole l'interesse pubblico – anziché l'interesse privato antagonista – quale l'oggetto ultimo della tutela cautelare (e, più in generale, giurisdizionale) o, se non altro, le colonne d'Ercole oltre le quali a nessun giudice è consentito spingersi pur di cautelare una situazione individuale[67].

E la situazione non è mutata neppure all'indomani delle riforme processuali dei primi anni duemila, quando, con la legge n. 205/2000, il Parlamento ha voluto imprimere al processo amministrativo un indirizzo più marcatamente paritario e vicino alle esigenze di garanzia del cittadino, recidendo l'ulteriore cordone ombelicale – la tipicità della misura, sostituito dal regime dell'atipicità delle misure – che, fino ad allora, aveva tenuto legato l'istituto processuale a quello sostanziale (la sospensiva alla sospensione amministrativa) e distinto, nel segno della specialità, il regime della tutela rispetto al processo civile.

Il superamento delle restrizioni connaturate al previgente sistema monistico, fondato sulla tipicità della (unica) misura cautelare, non è, infatti, coinciso con l'auspicabile abbandono da parte del g.a. della – ormai secolarizzata – abitudine di mettere la sospensiva al vertice del sistema cautelare[68] e con la prospettiva, pure vagheggiata[69], di inaugurare una stagione in cui, all'ampliamento dei poteri del giudice (nella scelta

della concreta misura da adottare), corrispondesse un diverso modo di approcciarsi alla tutela interinale dei diritti individuali, depurato dai residui dell'*ancien regime* e ispirato, soprattutto in relazione alle parti e ai rispettivi interessi in conflitto, al modello paritario del giudizio cautelare civile[70].

Può, perciò, apparire normale che, nell'applicazione giurisprudenziale del nuovo istituto, abbia trovato spazio un approccio talvolta pigro, tendente a privilegiare – senza soluzione di continuità rispetto al passato – la sola sospensione dell'atto[71], talaltra solerte, pronto a rimarcare – ancor di più per giustificare misure diverse dalla sospensiva – la portata bidirezionale del rimedio adottato (giacché funzionale ad assicurare tanto gli interessi pubblici, quanto quelli privati)[72] o la sua dedizione prevalente alla difesa

degli interessi pubblici riferibili all'Amministrazione (nonostante quelli privati del ricorrente)[73]. Se non, molte altre volte, a imporre all'autorità uno specifico assetto di interessi, ben oltre la regola del conflitto stabilita dalla legge (che segna il confine tra ciò che spetta al ricorrente e la libertà che residua in capo alla P.A.)[74]

Neppure l'avvento di una codificazione del processo amministrativo, realizzata un decennio più tardi nel segno di una decisa "civilizzazione" della sua struttura e funzionamento, sembra aver indicato agli operatori del diritto una rotta precisa, priva di ambiguità[75].

Accanto a previsioni che confermano la centralità della situazione soggettiva individuale – di diritto o interesse legittimo – dedotta in causa (indicandola, all'art. 7, come oggetto dell'accertamento processuale) e della sua tutela (prevedendo espressamente, agli artt. 30 e 34, un'azione di condanna al *facere* a cui corrisponde una «pretesa»), infatti, permangono nel tessuto normativo elementi equivoci, a cui sovente ci si è aggrappati per coonestare posizioni conservatrici in tema di giudizio cautelare[76].

Tra questi, la subordinazione della domanda di condanna rispetto a quella di annullamento[77] (di cui la sospensiva simula gli effetti, mantenendo una posizione privilegiata nella gerarchia delle misure astrattamente irrogabili[78]) e tra l'azione cautelare e quella di merito[79],

oltre alle disposizioni che ospita il titolo V a proposito del rito abbreviato in materia di appalti pubblici (segnatamente, gli artt. 120, comma 8 *ter* e 125, c.p.a.)[80]; norme nelle quali si fa ancora largo l'idea del giudice-amministratore, che deve valutare, in concreto, l'eventuale prevalenza dell'interesse pubblico (su quello del ricorrente)[81] e orientare l'azione amministrativa verso un migliore perseguimento dello stesso[82].

Emblematico è il caso dell'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame (più comunemente noto come *remand*)[83] che, anche all'indomani del c.p.a., continua a essere inquadrato da certa giurisprudenza come occasione di riabilitazione per P.A. (ricondotta sui binari della legalità e del buon andamento come l'art. 97, Cost. comanda), piuttosto che – come imporrebbe l'impronta soggettivistica del codice – strumento di

soddisfazione coattiva di un diritto dell'individuo[84].

Si può allora dire, volendo formulare un giudizio di sintesi, che malgrado l'intervento a più riprese sulla materia da parte legislatore, mosso dall'obiettivo di incrementare l'effettività della tutela accorciando le distanze con il processo civile, l'impressione che si avverte è di una riforma incompiuta, che non mette completamente al primo posto il cittadino e la tutela dei suoi diritti; soprattutto alla luce di come il diritto vivente ha dato prova di (proseguire a) maneggiare l'istituto.

Nonostante l'incalzare di riforme sempre più organiche, infatti, quasi mai la parte privata riesce a uscire vittoriosa dal giudizio comparativo di interessi[85], sicché la tutela cautelare appare ancora troppo vicina a un potere tutorio di indole amministrativa[86] e, al tempo stesso, troppo distante da un modello processuale calibrato sul diritto leso[87].

4. *Per un modello di tutela cautelare realmente effettiva: i presupposti.*

L'abitudine di chi decide a recitare il ruolo di giudice-amministratore, autorizzato a operare un bilanciamento di interessi e riluttante ad accordare la cautela quando mette a repentaglio l'interesse pubblico[88], è la manifestazione più evidente della necessità di considerare il c.p.a. non l'approdo evolutivo del processo cautelare amministrativo, ma il suo punto di (ri) partenza.

Per essere realmente effettivo e in linea con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, infatti, il giudizio cautelare deve muovere un passo in più e tendere verso un vero e proprio processo di parti, il cui oggetto sia rappresentato dall'accertamento e dalla tutela della situazione giuridica soggettiva contestata, giammai dalla salvaguardia (diretta o anche solo riflessa) dell'interesse pubblico *a latere* del processo[89].

Se si vuole raggiungere un risultato del genere e ultimare l'opera, è indispensabile che l'intero *corpus* delle disposizioni in materia cautelare venga filtrato e arricchito dal confronto con i dati costituzionali e da quelli

ricavabili dalle fonti euro-unitarie[90] e dagli obblighi internazionali[91] che valorizzano le garanzie giurisdizionali del cittadino, *uti singulus* e nel suo rapporto con la P.A.; solo in questo modo le conquiste oggi raggiunte grazie al codice del processo amministrativo potranno considerarsi preludio di una più completa maturazione del sistema di giustizia contro il pubblico potere.

A tal riguardo, la prima indicazione presente in Costituzione, con cui pure la funzione cautelare deve fare i conti in un processo sulle situazioni soggettive, è rappresentata dalla essenziale neutralità del giudice. Sotto questo aspetto, nello stabilire una inscindibile connessione tra giurisdizione e magistratura, la Costituzione connota detto fondamentale potere dello Stato con il requisito essenziale della imparzialità[92].

È stato ormai da tempo dimostrato – in una ben nota ricostruzione teorica – che il principio di imparzialità, nel suo risvolto oggettivo, ha istituito una relazione di implicazione necessaria – denominata di "terzietà-parità" – tra i caratteri del rapporto giuridico sostanziale e l'equidistanza strutturale che il giudice deve dimostrare rispetto alle parti e ai loro interessi[93].

In virtù di una simile relazione, nei settori a regime pubblicistico, la funzione costituzionale della giustizia appare garantita solo a patto che il giudice sia posto in condizione di valutare la «affermazione giudiziale»[94] nel contesto di un rapporto che sia a carattere fondamentalmente partitario,

venendo, in caso contrario, compromessa tanto la «pari dignità giuridica formale delle situazioni soggettive che si confrontano nel processo», prefigurata dall'art. 24, Cost. (cd. parità sostanziale), quanto il concetto di parità processuale, oggi raccolto nell'art. 111, comma 2, Cost.[95]

Alla luce di questa precisazione, pertanto, per poter considerare su un piano di parità sostanziale la parte pubblica e quella privata, è esigenza imprescindibile che si possa contare su un organo giudicante che, sebbene appartenente a un ordine giudiziario diverso da quello ordinario, risponda alle medesime regole di imparzialità, terzietà e indipendenza[96].

Sotto questo profilo, come è emerso dalle pagine che precedono, la disciplina codicistica appare ancora inadeguata, persistendo nel suo impianto norme, corroborate dalla prassi, che vogliono il giudice cautelare ancora molto vicino agli interessi delle parti in causa (in specie, quella pubblica). Una condizione, a ben guardare, ulteriormente incoraggiata dalla scelta – di sistema – di mantenere la giustizia cautelare saldamente ancorata – sia pur migrando verso una forma di tutela atipica (da tipica che era) – a un modello monistico[97].

Un passo ulteriore verso la "codificazione" della parità-terzietà nella fase cautelare, allora, sarebbe quello di iniziare a mettere in discussione *funditus* la scelta positiva di affidarsi a un sistema «totalmente atipico»[98], contrassegnato da un unico procedimento, a cautela di tutti i *periculum in mora* che assurgono agli estremi della irreparabilità del pregiudizio.

I tempi appaiono maturi affinché il legislatore si orienti – sulla falsariga del processo cautelare civile – verso un sistema «tipico temperato» che, attraverso la previsione di specifiche misure a contenuto predeterminato, in aggiunta a una misura cautelare atipica[99], tipizzi, risolvendoli in astratto, i conflitti di interesse che abitualmente e con carattere di regolarità si presentano in talune specie di controversie (l'esempio più lampante è la materia degli appalti pubblici[100])[101].

In questo modo, la misura atipica acquisirebbe il carattere della residualità, con conseguente riduzione allo stretto indispensabile (nel caso, cioè, di *pericula* realmente imprevedibili) delle ipotesi in cui il sistema è costretto ad affidarsi alla discrezionalità del giudice. Per il resto, potendo contare su un reticolo di misure, tipicizzate dal legislatore nel contenuto (la sospensione dell'efficacia del provvedimento, l'ordine di ripetere il procedimento, etc.) e nella specie di pregiudizio (alla persona, al patrimonio, etc.)[102], che il giudice dovrà concedere previo semplice

accertamento dei presupposti indicati dalla legge[103].

Il progredire del contesto normativo che ospita la tutela cautelare, tuttavia, non può rappresentare, di per sé stesso, un'iniziativa sufficiente a portare a termine il compito. Per recuperare la terzietà mancante è, infatti, imprescindibile che a guidare e/o ad accompagnare il processo di transizione verso una giustizia cautelare paritaria, vi sia un mutamento culturale radicale nell'approccio al problema, che si traduca in una diversa sensibilità dell'interprete nel valutare i presupposti ai quali il codice subordina la concessione della tutela e il peso ponderale di ciascuno di essi (il *periculum* e il *fumus*) nell'economia complessiva della decisione.

Per questo motivo occorre, fin da subito, che si elimini dallo schema mentale del decidente (e, prim'ancora, dall'ordinamento, ove – lo si è visto con gli artt. 120 e 125, c.p.a. – è ancora presente e molto avvertita) l'idea stessa che la ponderazione degli interessi, quale terzo requisito-ombra valutato dai tribunali amministrativi ai fini della concessione della misura cautelare, costituisca un elemento connaturato e irrinunciabile del giudizio cautelare amministrativo[104]. In un processo realmente paritario e strumentale alla tutela dei diritti, il coinvolgimento del giudice nella valutazione degli interessi in causa non è mai un momento di ulteriore garanzia per il cittadino, bensì un elemento di dubbio sulla reale imparzialità di chi assume le decisioni[105].

Ne discende che, quand'anche risulti impossibile prescindere da una valutazione comparativa in concreto condotta *ope iudicis* (nel caso in cui, ad es., si manifestino esigenze cautelari imprevedibili), l'oggetto stesso della comparazione meriti di essere rivisto secondo le consuetudini del processo

civile diretto a sfociare in un provvedimento d'urgenza.

Nel contesto dell'art. 700, c.p.c., infatti, è usuale che il giudice confronti tra loro i pretesi diritti che si fronteggiano nel processo e che sono oggetto della richiesta di accertamento giurisdizionale, soppesando e paragonando i pregiudizi che le parti subirebbero dal misconoscimento delle rispettive pretese. È, invece, infrequente che, all'interno del giudizio, trapelino e confluiscano interessi estranei e ultronei rispetto a quelli protetti dalle situazioni soggettive dedotte in causa, o interessi (individuali o collettivi) ad esse indirettamente collegati[106].

Accade, così, che in una vertenza sull'adempimento di un rapporto obbligatorio, nello scrutinare il requisito del *periculum*, il giudice metta a confronto il danno che subirebbe il creditore dal mancato riconoscimento del credito con il danno derivante al debitore dal disconoscimento del proprio diritto a essere dichiarato libero dal vincolo contrattuale[107]. Solo eccezionalmente si tiene conto degli effetti che la negazione di uno dei due diritti può produrre sulla sfera giuridica di soggetti estranei al giudizio o sulla collettività[108].

Stesso copione per la sospensione cautelare delle delibere assembleari di una s.p.a., dove la norma dell'art. 2378 c.c. circoscrive testualmente il confronto comparativo ai pregiudizi potenzialmente patiti dai due soggetti del rapporto societario: il socio e la società-persona giuridica[109].

In identico modo, dunque, nell'ambito di cognizione dei tribunali amministrativi, l'apprezzamento del giudice della cognizione dovrebbe limitarsi, nella fase cautelare, a prendere in esame il danno che l'Amministrazione-parte in causa subirebbe dal riconoscimento, benché provvisorio, della pretesa del ricorrente e dalla connessa negazione del corretto adempimento del suo obbligo (ad es., il danno all'apparato, *sub specie* di efficiente organizzazione amministrativa, dovuto alla temporanea impossibilità di dare attuazione al rapporto disciplinato nell'atto impugnato[110]), senza soffermarsi ad apprezzare anche i rischi riflessi per l'interesse pubblico primario[111] (o per altri interessi super-individuali toccati, direttamente o indirettamente, dalla decisione) che la norma attributiva del potere le affida in cura[112] e che rimane – *rectius*, deve rimanere – fuori dal processo[113].

L'alternativa (o il correttivo ulteriore) sarebbe di ridimensionare il peso ponderale che, nell'apprezzamento del soggetto decidente, assuma il profilo del pregiudizio rispetto al requisito del *fumus*. Le riflessioni maturate in

senso agli studi sul processo civile, infatti, hanno dimostrato la validità di un modello teorico in cui, per limitare l'incidenza della valutazione ponderativa degli opposti interessi sulla scelta finale, l'accoglimento della domanda passi, in misura prevalente, per un più attento e meditato scrutinio (una sorta di *semiplena* cognizione) delle probabilità di fondatezza della pretesa.

Nulla osta, quindi, a che anche nella fase cautelare di un processo amministrativo fondato sulla parità-terzietà del giudice, si assegni una posizione privilegiata al giudizio delibativo di verosimiglianza del diritto vantato, di modo che eventuali effetti irreversibili (per la P.A. e l'interesse pubblico) della misura concessa, trovino una loro giustificazione (sul piano dell'equilibrio tra i valori dell'ordinamento) nell'elevato grado di probabilità che la pretesa del ricorrente ha di essere riconosciuta e accolta, piuttosto che nel peso degli interessi coinvolti nella contesa[114].

La soluzione, d'altro canto, appare coerente con l'applicazione che tradizionalmente viene fatta dell'art. 700 c.p.a., quando parte in causa sia una P.A. e oggetto di cautela un diritto di pretesa. Dalla relativa casistica giurisprudenziale in materia, infatti, emerge la comune tendenza a definire il giudizio cautelare accordando prevalenza allo scrutinio svolto in ordine alla presumibile fondatezza della rivendicazione e all'entità della lesione paventata dal richiedente. Rimane assente, cioè, il giudizio comparativo con l'interesse della controparte pubblica il quale, tutt'al più, è preso in considerazione limitatamente ad aspetti che pertengono all'apparato amministrativo o all'interesse particolare dell'Amministrazione (in termini di diseconomie di bilancio o disfunzioni nell'organizzazione delle attività), piuttosto che all'interesse pubblico generale che essa ha in cura[115].

Questo perché nella mentalità del giudice ordinario è ormai sedimentata la consapevolezza che l'ulteriore caposaldo costituzionale a sovrintendere la materia cautelare, anche nei confronti di una P.A., è il principio, desumibile dagli artt. 24 e 113 Cost., di strumentalità dell'azione cautelare rispetto al diritto tutelato che deve, pertanto, mantenere un ruolo da protagonista nella dinamica del giudizio cautelare. Un principio che, proprio per la collocazione che ha assunto, dovrebbe orientare – al pari e in aggiunta a quello di imparzialità e terzietà – le scelte di legislatore e giudici quando, anche nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa, si approcciano all'istituto cautelare.

5. (Segue). *Le misure e i rapporti con l'azione principale*

Ma per dare ulteriore corpo al principio di strumentalità della tutela nel senso qui accolto (come strumentalità rispetto ai diritti) e, così, reindirizzare, anche nel processo amministrativo, l'azione cautelare entro la cornice delineata dagli artt. 24 e 113 Cost., l'ineludibile opera di ripensamento dovrebbe interessare almeno altri due aspetti significativi della materia.

Da un lato, vi è il tema (emerso nella prassi) della rigidità nel modo di interpretare la tutela che, appiattita dall'abitudine a ragionare in termini di sospensiva, ha mortificato le intrinseche potenzialità di un sistema incentrato sull'atipicità. Mentre è proprio quello delle misure in concreto irrogabili (ma sull'argomento si tornerà *ex professo* nel paragrafo successivo) a rappresentare il terreno di riprova su cui si misura la capacità di un sistema cautelare di proteggere i diritti.

L'obiettivo, in questo senso, dev'essere di incrementare le forme e le modalità attraverso le quali è possibile cautelare la situazione dedotta in giudizio. L'atipicità della misura, cioè, non può rimanere una formula-manifesto da consegnare agli archivi normativi ma deve tradursi in una reale panoplia di strumenti che, con la duttilità del caso, si adattino su misura alla situazione soggettiva di volta in volta dedotta in giudizio (che può essere di diritto strumentale o finale, regola di validità o di comportamento, semplice *chance* o situazione a esito vincolato, etc.), assecondando la disciplina che essa riceve nel diritto sostanziale.

Una flessibilità, quella invocata, che si ottiene passando anche (e, forse, soprattutto) attraverso un cambio di paradigma nel rapporto tra gli strumenti di tutela dell'interesse legittimo, che modifichi, invertendola, la gerarchia delle azioni – di annullamento e di condanna – istituita dal c.p.a. e metta al centro del sistema la richiesta di condanna a un *facere*, elevandola a strumento generale di tutela[116]. Solo collocando la fase cautelare entro una mutata cornice teorica e positiva (come tutela strumentale rispetto all'azione di condanna, anziché – come avviene ora – all'azione di annullamento), infatti, è possibile sfruttare tutte le potenzialità che l'istituto dischiude, allargando il novero delle decisioni adottabili (anche in rapporto alle sentenze di merito)[117] che, senza rinunciare a impartire una tutela effettiva, garantiscono anche l'imparzialità e terzietà del giudice (è il caso, ad es., dell'istituto del *remand*, come si vedrà di qui a breve).

Dall'altro lato, invece, vi è l'ulteriore e parallelo tema – pur esso lungamente dibattuto – dei rapporti tra la domanda cautelare e l'azione esperita in via principale (e/o con la sentenza che definisce il giudizio).

I punti toccati in precedenza hanno dimostrato come il codice, sebbene abbia spinto in avanti le prospettive di tutela delle situazioni soggettive affidate al g.a., rimanga ancora arenato su di una concezione della strumentalità cautelare di tipo strutturale (o procedurale), rigido, anziché virare verso una più coerente con il principio individualistico della tutela giurisdizionale[118]. Un modello concettuale di strumentalità, quello fatto proprio dal c.p.a., ormai in via di superamento negli altri settori del diritto processuale, che non si intona più con la moderna funzione del giudizio amministrativo, né con le esigenze che l'economia di una società globalizzata impone[119].

Se (anche) il processo amministrativo ha la funzione di tutelare l'individuo e le situazioni soggettive protette di sua pertinenza, è quest'ultimo che dovrebbe poter decretare quando l'interesse che lo ha indotto ad agire possa dirsi adeguatamente soddisfatto. L'attuale tessuto codicistico, d'altro canto, è dotato di tutto l'occorrente – a tratti, anche più dello stesso codice di rito[120] – per rendere la decisione cautelare un efficace strumento di soddisfazione dell'interesse sostanziale e, specie in talune circostanze (quando, ad es., la soddisfazione del diritto cautelato si esaurisce *uno actu* o produce effetti irreversibili[121]), una valida alternativa alla sentenza[122].

Il provvedimento cautelare, infatti, è oggi capace di declinare, con varietà di toni e di accenti, i comandi positivi da impartire alla p.a., modulando i propri contenuti – sulla falsariga di quanto avviene con l'azione di condanna *ex* art. 34, c.p.a. – in ragione della pretesa fatta valere e del tipo di interesse (a essa sotteso) che il ricorrente intende tutelare[123].

Possiede, alla stregua di quanto depone il codice di rito per le misure adottate *ex* art. 700, la capacità di stabilizzarsi nel tempo, essendo soggetto a successiva modifica o revoca soltanto «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 58, c.p.a.)[124].

È assistito, per *littera legis*, dal rimedio dell'ottemperanza, consentendo di dare – come nel processo civile – un'immediata eseguibilità forzata alla regola accertata in sede cautelare[125] e all'ordine che, su quel presupposto, il giudice della cautela rivolge all'Amministrazione[126].

La *regula iuris* statuita durante la fase cautelare, dunque, è in grado, allo stato attuale, di disciplinare il caso concreto con una stabilità e coercibilità assimilabili a quelle che offre una sentenza; con l'unica differenza, destinata spesso a sbiadire sul piano pratico, che la decisione non acquista l'autorità della cosa giudicata e non vincola i rapporti tra le parti in futuri giudizi.

Succede, infatti, che le tempistiche convulse imposte dal mercato, soprattutto nella circolazione dei beni e dei servizi, reclamino, sovente, decisioni che soddisfano interessi istantanei, che si consumano in tempi brevissimi, e rispetto ai quali il ricorrente non consegue alcuna maggiore utilità dall'attendere una seconda statuizione destinata a durare nel tempo[127]. In un sistema economico come il nostro, contraddistinto da un modello di sviluppo post-industriale che si fonda sulla velocità degli scambi, la necessità di fondo degli operatori economici è rimuovere al più presto le incertezze nei rapporti con l'Amministrazione, così da orientare (o riorientare) di rimando le proprie scelte imprenditoriali[128], piuttosto che

attendere i tempi di una sentenza, strutturalmente più stabile, ma ormai svuotata di utilità (poiché, magari, già non più attuale rispetto all'iniziativa privata)[129].

In casi del genere, l'obbligo di introdurre o coltivare un giudizio a cognizione piena su impulso di chi si ritenga già soddisfatto nel proprio interesse dalla decisione interinale, non solo non trova fondamento nel principio di effettività della tutela, ma genera, sul piano dell'economia dei giudizi[130], un inutile aggravio per la macchina processuale amministrativa[131].

Si intuisce, allora, come il tributo concesso dal vigente codice alla regola della necessaria strumentalità con la fase di merito non si spieghi altrimenti se non come un feticcio della concezione primitiva secondo cui il giudice amministrativo è, prima di tutto, il giudice dell'interesse pubblico (che, per la sua rilevanza, deve sempre essere vagliato in un giudizio a cognizione piena)[132] e, soltanto di riflesso, dei diritti e degli interessi dei ricorrenti

privati[133]. Una concezione della giurisdizione di stampo oggettivistico, in altri termini, in cui l'oggetto del giudizio cautelare diventa la definizione del giudizio di merito, anziché essere – come dovrebbe – la situazione giuridica soggettiva cautelata[134].

Tutti i fattori fin qui ricordati, allora, convergono, quale implicito sillogismo, verso la necessità di riscrivere i rapporti tra tutela cautelare e di merito, nel segno di una più attenuata strumentalità. Come ha dimostrato l'esperienza della giustizia civile, in un processo di parti avente ad oggetto diritti e obblighi (o rapporti giuridici tra situazioni a essi assimilabili), sono le parti stesse a dover essere arbitre della scelta finale: se ritenere soddisfacente l'assetto di interessi accertato (sia pur sommariamente) in sede cautelare o porlo in contestazione introducendo (o coltivando) la successiva fase di merito (che, in questo modo, diverrebbe solo eventuale).

Sono maturi i tempi perché, anche il giudizio cautelare amministrativo, si lasci alle spalle l'idolatria per una rigida strumentalità rispetto al processo (e alla relativa decisione) di merito, imparando a conoscersi come istituto strumentale al diritto cautelato[135]; a esigerlo, è il principio individualistico della tutela giurisdizionale[136].

6. *La declinazione proteiforme della tutela cautelare: interesse legittimo, diritti partecipativi, diritti strumentali, etc.*

A questo punto del discorso può apparire di una qualche utilità trarre le fila delle suggestioni finora alimentate e mettere a fuoco il rapporto che intercorre tra l'oggetto del giudizio amministrativo e il contenuto delle decisioni adottabili dal giudice della cautela[137].

Al riguardo, a fronte del potere discrezionale, un approccio orientato ad avvolgere l'istituto del giudizio cautelare in una veste più coerente con le esigenze di tutela individuale può procedere, come accennato, in due direzioni.

L'una, di stampo mono-strutturata, che vede al centro della domanda di cautela una situazione giuridica unitaria (l'interesse legittimo), un costrutto unico che riunisce e sintetizza tutte le pretese del cittadino al cospetto del potere, a cui fa capo un generale obbligo "complesso" dell'amministrazione di agire *secundum legem*[138]. L'altra, figlia di una visione più composita e "politeistica" del rapporto tra individuo e potere, che consente di scomporre la tutela cautelare in tante misure quante sono le relazioni di diritto-obbligo nascenti dai diversi – per struttura e contenuti – vincoli normativi al potere[139] a cui corrisponde la protezione di interessi individuali determinati[140].

Ponendosi nella prima delle prospettive enunciate, alla base della tutela cautelare vi è l'obiettivo di soddisfare l'interesse legittimo, acquisito nella

sua dimensione – più moderna – di situazione soggettiva appartenente alla famiglia dei diritti soggettivi e consistente nell'aspettativa o *chance* di conseguire un comportamento amministrativo legittimo[141].

In quest'ottica, un provvedimento inficiato da un vizio di legittimità equivarrà a inadempimento dell'obbligo (di agire legittimamente) gravante sulla P.A., sicché la domanda cautelare – similmente che nel processo civile sui diritti – finirà per assumere la forma (simulando la relativa azione di merito) di richiesta di condanna a rimuovere l'inadempimento e a eseguire con esattezza la prestazione ineseguita, sulla falsariga di quanto dovrebbe accadere, nella fase di merito, con l'azione di condanna al fare di cui agli artt. 30, comma 1 e 34, comma 1, lett. c), c.p.a.[142]

Specialmente in presenza di provvedimenti ampliativi (negati), dunque, l'*ubi consistam* della tutela cautelare non potrà che essere l'ordine di adottare, secondo la tecnica dell'ordinanza propulsiva, una condotta con le qualità giuridico-normative richieste della legge[143]. Con la conseguenza, in caso di reiterata adozione di un atto affetto ancora da illegittimità, di determinare la formazione di un inadempimento definitivo (equiparabile al rifiuto esplicito di adempiere), che legittima l'attivazione del rimedio dell'esecuzione forzata, previsto espressamente per le misure cautelari dall'art. 59, c.p.a.[144]

Più articolato il quadro che si presenta sposando la seconda impostazione. In questo caso, infatti, la misura cautelare che viene a essere impartita sarà plasmata sulla prestazione oggetto dell'obbligo che viene a essere, di volta

in volta, violato[145]. Diviene così rilevante distinguere tra le diverse tipologie di norme sul potere suscettibili di essere trasgredite.

Un primo distinguo, ad esempio, può intervenire tra gli obblighi puntuali (oggetto di vere e proprie regole, come quello di motivazione *ex* art 3, l.n. 241/90) e gli obblighi a contenuto indeterminato, discendenti da principi e clausole generali che delimitano la discrezionalità d'azione. Mentre, infatti, nell'un caso il comando del giudice avrà ad oggetto l'esecuzione di quella specifica prestazione inadempiuta (ad es., obbligando a motivare l'atto per nulla o insufficientemente motivato)[146], nell'altro, si risolverà in un generico ordine a riprovvedere, volto a stimolare la ripetizione di quel segmento dell'attività di scelta governata dalla norma – a contenuto elastico – violata.

Un esempio è costituito dall'inadempimento all'obbligo di agire secondo correttezza o proporzionalità, suscettibile di tradursi nella condanna a riesaminare la propria precedente volizione, previa adozione delle condotte esigibili secondo correttezza ovvero riformulando il giudizio di proporzionalità inizialmente operato[147].

Quando, infatti, si maneggiano quei limiti al potere in cui compete al giudice trasporre un contenuto precettivo vago in regole di condotta determinate impositive di altrettanti obblighi – lo si è constatato altrove –, l'esigenza che si pone, a partire dalla fase cautelare, è di individuare il punto di equilibrio tra una dimensione di tutela che sia effettiva per il cittadino (che si estrinsechi in misure rimediali efficaci e calettate sulla

situazione soggettiva fatta valere) ma, al contempo, rispettosa degli spazi di autonomia riconosciuti all'Amministrazione[148].

Sotto questo profilo, la condanna della P.A. a rideterminarsi sul punto, individuando, in adempimento dell'obbligo violato, una soluzione che risulti più adeguata (proporzionata e corretta) rispetto agli interessi del ricorrente, evita il rischio di giustapporre l'applicazione dello *standard* ricostruito dal giudice a quello elaborato dall'amministrazione (e destinato a soccombere ed essere soppiantato dall'altro nel caso in cui venisse disposta la cessazione degli effetti dell'atto)[149] e, nello stesso tempo, consente al provvedimento di spiegare i propri effetti, senza lasciare che il resto della cittadinanza – si pensi all'impugnazione di un atto amministrativo generale[150] – patisca vuoti di regolazione o di disciplina[151].

In entrambe le circostanze, tuttavia, la diversità delle misure adottabili è destinata a ritrovare unità quando si pone mente alle conseguenze della loro mancata attuazione. Tanto nel caso degli obblighi determinati, quanto in quello degli obblighi determinabili, la reiterazione dell'originario inadempimento, in cui si traduce l'adozione di un secondo atto illegittimo, assegnerà all'inesecuzione dell'obbligo (che già era stato malamente o per nulla adempiuto) il crisma della definitività, aprendo le porte – in linea con i principi del diritto e del processo civile – al rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo (che, nel giudizio amministrativo, assume le forme tipiche del giudizio di ottemperanza), già a partire dalla fase cautelare.

Sotto quest'angolazione, un secondo e più rilevante distinguo, sembra essere quello che poggia sulla natura formale o sostanziale della violazione procedurale perpetrata dall'Amministrazione[152]. In quest'ultimo caso, infatti, l'inosservanza alla regola coinvolgerà quel momento dell'accertamento dei presupposti (specie di fatto) di esercizio del potere che tipicamente avviene nella fase istruttoria, risolvendosi in un inadempimento del relativo obbligo[153].

Il che postula un'ulteriore precisazione. L'obbligo istruttorio[154], infatti, può essere frammentato in tanti rapporti obbligatori quanti sono i vincoli

che la legge pone all'autorità procedente in questa fase[155]. A un obbligo (principale) di acquisire con esattezza i fatti e gli interessi e/o verificare le condizioni di esercizio del potere indicati dalla legge, se ne accompagnano altri (accessori), coevi all'obbligazione principale o che possono sorgere in un momento a esso successivo, al verificarsi di uno specifico presupposto di legge[156].

È il caso, ad es., dell'obbligo di completezza dell'istruttoria (ricavabile dall'art. 6, l. proc.[157]) [158] e, specie dopo le recenti innovazioni apportate in materia, dell'obbligo di non contestare elementi nuovi (già esistenti

e percepibili) che non siano stati tempestivamente sollevati nel procedimento[159]. Quest'ultimo vincolo, di contenuto negativo e ricavabile – secondo taluni – già dalla originaria formulazione dell'art. 10 *bis* l. proc.[160], ha trovato una consacrazione e, al contempo, una disciplina di diritto positivo, nella novella del 2020[161] la quale, al verificarsi di uno specifico evento dedotto nella disposizione di legge – la comunicazione del preavviso di rigetto –, fa sorgere *ope legis* un obbligo per l'Amministrazione di *non facere*[162].

Per essere più esatti, l'adozione del preavviso di rigetto, che nei procedimenti ad istanza di parte esaurisce e conclude – quale esito alternativo rispetto alla proposta di provvedimento favorevole[163] – l'attività istruttoria

principale (adempiendo ai relativi obblighi), assume anche il valore di fatto costitutivo di un ulteriore obbligo legale per l'Amministrazione la quale, da quel frangente in poi, sarà costretta ad attenersi alle risultanze dell'indagine inizialmente svolta, non potendo introdurre elementi ulteriori in danno dell'istante[164].

È quanto emerge dalla lettura sistematica del rinnovato art. 10 *bis*, che intende garantire una miglior soddisfazione dell'interesse privato alla certezza[165] e stabilità dell'attività amministrativa[166], attraverso l'adempimento dell'obbligo di non sollevare ragioni di diniego dell'istanza diverse e ulteriori rispetto a quelle già segnalate nella comunicazione dei motivi ostativi e, in caso di successiva riedizione del potere conseguente alla violazione di tale precetto[167], dell'obbligo di non tenere in considerazione quegli elementi emersi o «già emergenti» dall'istruttoria, eppure non palesati con la comunicazione *ex* art. 10 *bis*[168]. Pena – quando la violazione dell'obbligo è susseguente alla sentenza di annullamento – la sanzione

normativa[169] della consumazione del potere[170].

Si potrebbe dire che, ad oggi, il combinato disposto degli artt. 6 e 10 *bis*, l. proc., come recentemente rivisitato, faccia gravare sull'Amministrazione un fascio di prestazioni tra di loro funzionalmente interdipendenti e – scomponendo idealmente l'istruttoria procedimentale in due diversi momenti – sistemate in sequenza diacronica. Una prima tipologia, collocata in apertura di fase, che coinvolge l'attività di accertamento dei presupposti di esercizio del potere (obbligo istruttorio principale) e degli altri fatti o interessi rilevanti ai fini di una decisione finale consapevole e completa (obbligo di completezza ed esaustività). E una seconda, destinata a entrare in scena nel momento stesso in cui l'attività conoscitivo-acquisitiva si è esaurita[171], che ha l'obiettivo (complementare) di preservare le certezze raggiunte dal privato dopo l'espletamento dell'istruttoria principale (e l'adempimento dei relativi obblighi), impedendo all'autorità procedente di rimettere in discussione i risultati fin lì ottenuti.

Si tratterebbe di una preclusione, letta tradizionalmente in termini di onere[172], che, ragionando per categorie generali, può trovare una più convincente spiegazione nella logica del rapporto obbligatorio[173], assumendo la P.A. come assoggettata all'obbligazione di non modificare *in peius* il progetto di decisione maturato all'esito del primo stadio dell'istruttoria (prestazione oggetto dell'obbligo istruttorio principale)[174] e

il cittadino titolare del relativo credito[175].

Così come nel rapporto di spettanza, al debitore non è consentito tornare sui propri passi ripetendo una prestazione rivelatasi utile per il creditore (e satisfattiva del suo interesse) o alterandone, in senso peggiorativo, i connotati (cfr., ad es., gli art. 1180, 1181, 1185 comma 2, c.c., da cui si evince un principio di irretrattabilità della prestazione accettata dal creditore), alla P.A., allo stesso modo, è oggi vietato – a pena di inadempimento – modificare per sottrazione la prestazione resa in esecuzione dell'obbligo (istruttorio) principale.

7. (Segue). *Le modalità di soddisfazione della pretesa: ordine di riprovvedere, ordinanza cognitiva con effetti esecutivi, giudizio di ottemperanza.*

In un simile contesto normativo, ricostruito nella chiave dogmatica del rapporto obbligatorio, le conseguenze della reiterazione di un atto illegittimo assunto a valle del giudizio cautelare (che ha condannato a ripetere la fase istruttoria), come si può intuire, dipenderanno, in larga misura, dallo specifico obbligo in cui si è concretata la violazione perpetrata dalla P.A.

Può, infatti, verificarsi che l'inadempimento in cui è incorsa l'Amministrazione procedente coinvolga il medesimo obbligo (in tesi, l'obbligo istruttorio principale) già disatteso una prima volta; in tal caso, come accade per qualsiasi altro debitore privato, si apriranno contro di essa le porte dell'esecuzione forzata[176].

Così come può, al contrario, accadere che il rinnovato provvedimento amministrativo riveli la trasgressione a un diverso obbligo, accessorio. È quello capita, ad es., con il divieto di addurre motivi ulteriori già evinti o evincibili dall'istruttoria di cui all'art. 10 *bis*, ult. cpv., obbligo sorto con l'adozione del preavviso di rigetto e suscettibile di essere inadempiuto nel corso dell'attività amministrativa rinnovatoria, già in seguito all'accoglimento – con irrogazione dell'ordine di riprovvedere – della domanda cautelare.

Nel qual caso, se è vero, come emerso fin dai primi studi sulla riforma, che l'effetto preclusivo disposto dall'art. 10 *bis* – con relativa consumazione del potere – si produce al ricorrere di un evento ben individuato (l'adozione della sentenza di annullamento)[177], è tuttavia innegabile che una violazione del genere, seppur realizzata prima che sia stata pronuncia la caducazione dell'atto, non potrà ritenersi priva di conseguenze[178]. Nel concreto atteggiarsi della vicenda, infatti, l'assenza di quei fatti – esistenti ma non evincibili alla chiusura dell'istruttoria –, che soli avrebbero potuto giustificare un secondo diniego, potrebbe già emergere all'indomani della fase cautelare (a valle, cioè, della riedita istruttoria procedimentale, oggetto dell'obbligo principale).

In una situazione del genere, come si può intuire, è la sollecitata riedizione del potere a portare alla ribalta – prim'ancora che il giudizio sia definito con sentenza – la necessità di una verifica precoce dell'inadempimento all'obbligo di non alterare gli esiti dell'istruttoria[179]. Ripercorrendo le fasi dell'indagine scandite nel procedimento, infatti, il giudice del merito non potrà esimersi dall'accertare se i motivi ostativi addotti *ex novo* dall'Amministrazione erano tra quelli ammessi dalla legge o meno. Con la conseguenza, in questo secondo caso, di poter apprezzare, ancor prima che sia concluso il giudizio, l'inadempimento all'obbligo di *non reformatio in peius* e il conseguente venir meno di quel residuo margine che il legislatore ha concesso all'Amministrazione per negare il provvedimento finale.

Tale circostanza, a ben considerare, renderà superflua la ripetizione, all'indomani della sentenza di annullamento, di una già svolta, pedissequa, verifica sull'operato dall'autorità procedente, creando le condizioni affinché sia lo stesso giudice del merito, in uno con la sentenza di annullamento, a emanare una condanna all'adozione del provvedimento divenuto, proprio a seguito della fase cautelare, ad esito vincolato[180].

Con l'ulteriore, importante precisazione che, se nuovamente sollecitato prima che intervenga la sentenza che definisce il giudizio (ma dopo l'esecuzione del *remand* in precedenza impartito), sarà ancora il giudice della cautela a poter anticipatamente – e in via interinale – disporre la condanna all'adozione del provvedimento favorevole[181].

Questo, infatti, sembra poter essere l'effetto prodotto dall'onda lunga

delle modifiche apportate dalle più recenti norme sulla semplificazione procedimentale, mosse dall'intento di congelare il quadro di riferimento della decisione amministrativa all'esaurimento della (prima) fase istruttoria; quando, cioè, l'organo preposto ha colmato lo spettro delle possibili indagini e ha predisposto la comunicazione dei motivi ostativi.

Era, d'altra parte, programmato che le più immediate ricadute del nuovo regime fossero di ordine sia sostanziale, che processuale, in quanto intenzionalmente destinate a trasformare la situazione soggettiva vantata dal privato[182], innescando, in una sorta di effetto domino, una variazione condizionata alla latitudine dei poteri esercitabili dal giudice[183].

Quest'ultimo, a cui all'indomani della rinnovata istruttoria è devoluta la cognizione di un potere depauperato di ulteriori margini di intervento (essendo non più contestabile il campo di rappresentazione dei fatti su cui far riposare la decisione), si troverà dinanzi a un numero di possibili scelte conclusive del procedimento, definito e non più modificabile, all'interno del quale ben potrebbe capitare che il rilascio del provvedimento richiesto, ancorché non spettante in base a un'astratta applicazione della legge, si riveli l'unica soluzione coerente e conforme alle risultanze dell'istruttoria[184].

Si aprirebbe, così, uno scenario in cui la combinazione dei due fattori (la cristallizzazione dell'istruttoria e l'anticipazione, per effetto della misura cautelare, del momento in cui viene accertato l'inadempimento dell'obbligo di non modificarne le risultanze) porti a una consumazione, avvenuta all'interno del procedimento[185], di tutti gli spazi (residui) di

discrezionalità[186], trasformando il potere, da originariamente discrezionale, in vincolato (in concreto)[187].

Ricorrendo questa ipotesi, perciò, il nuovo provvedimento sarebbe espressione di un'obbligazione diventata – all'esito del particolare atteggiarsi della fase inquisitoria – a prestazione specifica[188], consistente nell'esito positivo del procedimento[189]. Con la conseguenza che il giudice della cognizione, al ricorrere di tali presupposti, sarà autorizzato a emettere – anche in fase cautelare – una pronuncia (ancorché interinale) di condanna al rilascio anticipato del provvedimento favorevole[190].

In un'evenienza siffatta, cioè, la somma dei vincoli che delimitano il quadro istruttorio, produrrà l'effetto di rimuovere ogni limite, teorico e di carattere positivo, all'applicazione, anche in fase cautelare, di una condanna all'adempimento, modellata sul tipo della decisione assunta *ex* art. 34, lett. e), da adottare nelle forme dell'ordinanza cd. sostitutiva[191] ai sensi dell'art. 55, c.p.a.[192] Nel qual caso, la successiva, eventuale fase di ottemperanza – attivata ai sensi dell'art. 59, c.p.a. – avrà a oggetto i soli aspetti meramente esecutivi del rilascio coattivo del provvedimento ordinato[193].

8. *Concludendo*

In principio, sono i diritti. Questo è il verbo della Costituzione che, già in apertura dell'*incipit* sui principi fondamentali (agli artt. 2 e 3), accoglie il proprio lettore mostrando di riservare ai diritti dell'individuo (come singolo e nelle sue manifestazioni collettive) quell'investitura sacramentale che li eleva ad assi portanti dello Stato di diritto.

Una priorità logica (e assiologica), su cui si regge la democrazia costituzionale[194], che reclama un sistema processuale di difesa dei cittadini, contro gli atti di una Pubblica amministrazione, qualitativamente

all'altezza di un ordinamento repubblicano proiettato in una dimensione internazionale ed europea. E di un giudice che possa definirsi tale, secondo la nozione ricavabile dalla Costituzione e dalle convenzioni sovranazionali sui diritti fondamentali[195].

Il primato dei diritti postula, cioè, che la risoluzione giurisdizionale delle controversie, civili o amministrative che siano, debba essere sempre contraddistinta dall'imparzialità del decisore – che rappresenta «la caratteristica ultima (nel senso di fondamentale) e irriducibile della funzione giurisdizionale»[196] – e da una sostanziale uniformità nell'applicazione dei principi generali e delle leggi che tali diritti attribuiscono e proteggono[197]; corollario, a propria volta, della più generale parità degli individui – e dei loro diritti – dinanzi alla legge[198].

La digressione condotta nelle pagine che precedono, tuttavia, ha portato a galla uno spaccato della giurisdizione amministrativa, chiamata a somministrare provvedimenti in via d'urgenza, sospeso tra luci e ombre.

L'attuale volto della tutela preventiva, infatti, racconta di un istituto che, per quanto rappresenti una prerogativa irrinunciabile nella difesa dell'individuo che si misura con il potere[199], calato nell'ambiente del processo amministrativo, non è mai riuscito davvero a schierarsi dalla parte dei diritti, rimanendo ancora distante dal paradigma rimediale immaginato dalla Costituzione. Permane, tanto nell'articolato codicistico, quanto nella cultura del giudice della cautela, quella «strutturale (o istituzionale o sistematica) […] relazione di "vicinanza e contiguità"» con l'interesse pubblico[200], a cui fa da *pendant* una persistente divaricazione,

nella disciplina e nell'applicazione dell'istituto, tra la difesa interinale dei diritti avanti al g.a. e avanti al g.o.

Appare, dunque, inevitabile un'ulteriore, decisa spinta verso il cambiamento che, se non altro nel nome dell'unitarietà funzionale della giurisdizione[201], riavvicini i principi e le regole che sovrintendono alla materia cautelare, mettendo i diritti, senza ulteriori e procrastinate ambiguità, al vertice del sistema anche della giustizia amministrativa. Solo così facendo si potrà riconoscere un ruolo di vera garanzia al g.a. e alla tutela cautelare da esso amministrata, fino a «ricondurla a pieno titolo nell'alveo della funzione giurisdizionale, costituzionalmente deputata alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (o della legalità soggettiva), ai sensi, innanzitutto, dell'art. 24 Cost.»[202].